

# **STYREMEDLEMMERS ERSTATNINGSANSVAR OVERFOR KREDITORER VED INSOLVENS**

Spesielt om brudd på oppbudsplikten, forfordeling av kreditorer og  
enkeltkreditors særtap

Kandidatnummer: 330

Veileder: Kristin Normann

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 17.526 ord

# Innholdsfortegnelse

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>                              | <b><u>1</u></b>  |
| 1.1             | Oppgavens tema  | 1                |
| 1.2             | Avgrensninger og presiseringer                        | 1                |
| 1.3             | Motivasjon og oppgavens aktualitet                    | 2                |
| 1.4             | Begrepsavklaringer og definisjoner                    | 3                |
| 1.5             | Videre fremdrift                                      | 4                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>RETTSKILDER</u></b>                             | <b><u>4</u></b>  |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>RETTLIG GRUNNLAG FOR ERSTATNINGSSØKSMÅL</u></b> | <b><u>6</u></b>  |
| 3.1             | Grunnleggende erstatningsvilkår                       | 6                |
| 3.2             | Ansvarsgrunnlaget                                     | 7                |
| 3.2.1           | Innledning  | 7                |
| 3.2.2           | Selskapsinteresse og særinteresse                     | 7                |
| 3.2.3           | Culpaansvarets objektive side                         | 10               |
| 3.2.4           | Culpaansvarets subjektive side.                       | 12               |
| 3.2.5           | Andre grunner til at ansvar kan bortfalle             | 13               |
| 3.3             | Påregnelig årsakssammenheng                           | 14               |
| 3.4             | Utmåling av erstatningsmessig skade                   | 16               |
| <b><u>4</u></b> | <b><u>KREDITORS SØKSMÅLSKOMPETANSE</u></b>            | <b><u>18</u></b> |
| 4.1             | Innledning  | 18               |

|                 |  |           |
|-----------------|--|-----------|
| <b>4.2</b>      | <b>Søksmålskompetanse ved krenkelse av selskapsinteressene</b>           | <b>19</b> |
| 4.2.1           | Konkursboets søksmålskompetanse etter asl. § 17-3                        | 19        |
| 4.2.2           | Enkeltkreditors søksmålskompetanse etter kkl. § 118. 2. ledd.            | 20        |
| 4.2.3           | Konkursboets søksmålskompetanse ved brudd på oppbudsplikten              | 20        |
| 4.2.4           | Konkursboets søksmålskompetanse ved forfordeling av kreditorer           | 22        |
| <b>4.3</b>      | <b>Søksmålskompetanse ved krenkelse av enkeltkreditors særinteresser</b> | <b>22</b> |
| 4.3.1           | Enkeltkreditors søksmålskompetanse                                       | 22        |
| <b><u>5</u></b> | <b><u>UAKTSOMHET VED FORRETNINGSMESSIGE AVGJØRELSE</u></b>               |           |
|                 | <b>RETTPOLITISKE HENSYN</b>  | <b>23</b> |
| <b>5.1</b>      | <b>Innledning</b>  | <b>23</b> |
| <b>5.2</b>      | <b>Rettpolitiske hensyn ved forretningsmessige avgjørelser</b>           | <b>23</b> |
| <b><u>6</u></b> | <b><u>STYRETS ERSTATNINGSANSVAR VED BRUDD PÅ OPPBUDSPLIKTEN</u></b>      | <b>26</b> |
| <b>6.1</b>      | <b>Innledning</b>  | <b>26</b> |
| <b>6.2</b>      | <b>Innledende drøftelse med utgangspunkt i lov</b>                       | <b>27</b> |
| 6.2.1           | Asl. § 6-18 (1) og strl. § 283a  | 27        |
| 6.2.2           | Foreløpig konklusjon   | 32        |
| <b>6.3</b>      | <b>Videre drøftelse med supplering av rettspraksis</b>                   | <b>33</b> |
| 6.3.1           | Oppsummering av to aktuelle dommer                                       | 33        |
| 6.3.2           | Når inntreer skjæringstidspunktet?                                       | 38        |
| 6.3.3           | Vilkår for utsettelse av skjæringstidspunktet                            | 41        |
| <b><u>7</u></b> | <b><u>STYRETS ERSTATNINGSANSVAR VED FORFORDELING AV KREDITORER</u></b>   | <b>43</b> |
| <b>7.1</b>      | <b>Innledning</b>  | <b>43</b> |
| <b>7.2</b>      | <b>Rettslig grunnlag for erstatningsplikt ved kreditorbegunstigelse</b>  | <b>44</b> |
| <b>7.3</b>      | <b>Presisering av den erstatningsrettslige pliktregelen</b>              | <b>47</b> |

|                  |  |                  |
|------------------|--|------------------|
| <b>7.4</b>       | <b>Når inntreter erstatningsrettslig uaktsomhet ved forfordeling av kreditorer</b> | <b>51</b>        |
| 7.4.1            | Innledning   | 51               |
| 7.4.2            | Utbetalinger til uprioriterte fordringshavere enkeltvis og i sum                   | 51               |
| 7.4.3            | Utbetalinger til prioriterte og uprioriterte fordringshavere samlet                | 52               |
| 7.4.4            | Utbetalinger i forhold til selskapets totale gjeld ved konkursåpning               | 53               |
| 7.4.5            | Utbetalinger i forhold til den påviste underbalanse.                               | 53               |
| <b>7.5</b>       | <b>Konklusjoner</b>  | <b>54</b>        |
| <b><u>8</u></b>  | <b><u>STYRETS ERSTATNINGSANSVAR NÅR ENKELTKREDITOR LIDER SÆRTAP</u></b>            | <b><u>55</u></b> |
| <b>8.1</b>       | <b>Innledning</b>  | <b>55</b>        |
| <b>8.2</b>       | <b>Innledende drøftelse av den erstatningsrettslige pliktregelen</b>               | <b>56</b>        |
| <b>8.3</b>       | <b>Nærmere presisering av uaktsomhetsregelen</b>                                   | <b>57</b>        |
| <b>8.4</b>       | <b>Betydningen av kreditors egen undersøkelsesplikt</b>                            | <b>61</b>        |
| <b><u>9</u></b>  | <b><u>LITTERATURLISTE</u></b>  | <b><u>64</u></b> |
| <b>9.1</b>       | <b>Juridisk litteratur</b>   | <b>64</b>        |
| <b>9.2</b>       | <b>Forarbeider</b>   | <b>65</b>        |
| <b><u>10</u></b> | <b><u>RETTSPRAKSIS</u></b>   | <b><u>65</u></b> |
| <b>10.1</b>      | <b>Høyesterett</b>   | <b>65</b>        |
| <b>10.2</b>      | <b>Lagmannsrett</b>  | <b>66</b>        |
| <b>10.3</b>      | <b>Tingrett</b>  | <b>67</b>        |
| <b><u>11</u></b> | <b><u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u></b>                                  | <b><u>A</u></b>  |

## **1 INNLEDNING**

### **1.1 Oppgavens tema**

Ved et aksjeselskaps insolvens vil kreditorene lide tap. På visse vilkår kan tapet søkes dekket (erstattet) fra selskapets daglige leder eller styremedlemmer.

Oppgaven består av en generell og en spesiell del. Oppgavens generelle del skal gi en innføring i temaet styremedlemmers erstatningsansvar overfor kreditorer ved insolvens, med vekt på rettslige grunnlag og søksmålskompetanse. I dens spesielle del drøftes vilkårene for erstatningsrettslig uaktsomhet ved brudd på oppbudsplikten, ved forfordeling av kreditorer samt når enkeltkreditor lider et særtap.

### **1.2 Avgrensninger og presiseringer**

Det er flere enn styremedlemmene som kan påføre aksjeselskapet erstatningsbetinget skade. Lovfestingen av culpaansvaret i Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (heretter asl.) § 17-1 retter seg også mot medlemmer av bedriftsforsamlingen, daglig leder, aksjeeiere og granskere. Andre lovhjemler og det ulovfestede uaktsomhetsansvaret utvider mulige skadevoldere til å inkludere selskapets revisor, medlemmer av representantskapet dersom selskapet har et slikt organ, tilknyttede rådgivere så som advokater, innleide konsulenter i nær sagt alle funksjoner, tilretteleggere ved emisjoner osv.

Det er videre flere enn selskapets konkursbo og særkreditor ved insolvens som kan kreve erstattet et økonomisk tap. Asl. § 17-1 nevner selskapet selv som mulig erstatningsberettiget (dersom det ikke åpnes konkurs). Videre kan aksjeeiere, potensielle investorer, offentlige myndigheter og ikke minst selskapets kontraktsmotparter lide tap som kan kreves erstattet.

Når det gjelder tilfanget av ansvarsgrunnlag innebærer ikke oppgavens ordlyd noen avgrensninger. Selv om søksmålet fremmes etter at selskapet ble insolvent, kan konkursboet beslaglegge selskapets krav, som kan ha oppstått under solvens. Det er bare foreldelsesreglene som avskjærer denne muligheten.

Opgavens ordlyd innebærer videre en avgrensning fra andre selskapstyper, inklusive allmennaksjeselskaper. Dette først og fremst fordi oppgaven ellers ville bli for omfattende, men også fordi enkelte selskapstyper ikke er fundert på begrenset ansvar.

Den kanskje viktigste avgrensningen rettslig sett, vedrører vilkårene for erstatning. Da jeg ønsker å gå i dybden på ett av de tre hovedvilkårene, ansvarsgrunnlaget, behandler jeg bare kort, og for oversiktens skyld, kravene til påregnelig årsakssammenheng og økonomisk tap.

### 1.3 Motivasjon og oppgavens aktualitet

Forut for jusstudiet har jeg tidvis vært engasjert i ulike firmaer med svak økonomi, hvor målsettingen har vært å snu utviklingen til det positive. Under de kaotiske og stresslignende forhold som rådet, fikk vi fra advokathold vite at videre drift kunne medføre erstatningsansvar, uten noen nærmere eller fullgod presisering av hva som skal til for å utløse slikt ansvar. Jusstudiet har så langt gitt noen svar, forrige semesters fordypning i selskapsrett innbefattet bare en overfladisk behandling. Jeg ønsker nå å gå dypere i materien.

Opgavens tema er aktuelt, ikke bare for styremedlemmer i norske aksjeselskaper, men også for advokater, for bobestyrere og ikke minst for aksjonærer og daglige ledere. Øket fokus på denne dekningsmuligheten fra kreditorenes side, kan føre til flere søksmål. Øket bevissthet og kunnskap om temaet hos bobestyrere, kan likeledes føre til flere søksmål. Og flere søksmål vil igjen føre til utrygghet hos tillitsmennene; de kan bli stillet til personlig ansvar når selskapet de er tilknyttet har påført kreditorene et økonomisk tap. Dette burde igjen ha en preventiv effekt, slik at aktsomhetsgraden i disposisjonene øker over tid. Dette vil utvilsomt komme kreditorene til gode, spesielt de usikrede.

Men ennå har ikke tillitsmennene mye å frykte. Det foreligger ikke noe offentlig statistikkmateriale over antall behandlede søksmål på oppgavens område for noen av våre tre rettsinstanser. Gjennom mitt arbeid med oppgaven har jeg bare funnet noen spredte saker for Høyesterett, langt under en sak i gjennomsnitt pr. år de siste 15 årene. Lagmannsrettene har behandlet flere, men fortsatt er det bare et fåtall i gjennomsnitt pr. år. Dette er påfallende. Ser en på konkursstatikken i Norge, og ikke minst på de graverende forholdene som beskrives i enkelte boberetninger, burde antall søksmål være flere. Antall åpnete konkurser i aksjeselskaper var beskjedent frem til slutten av 1980 tallet, med under et tusen pr. år.<sup>1</sup> Av litt under 100.000 registrerte aksjeselskaper i 1985 gikk noe over åtte hundre konkurs. Antallet økte på begynnelsen av 1990-tallet. I 1992 ble det eksempelvis åpnet hele 5.500 konkurser, mens tallet sank de siste fem årene av det forrige tiåret. Fom. år 2000 har antall åpnete konkurser variert mellom i underkant av 3.600 i år 2000 og 2001, til 5.223 i år 2003, for så reduseres i 2004. Antall registrerte aksjeselskaper har de siste fem årene variert mellom i overkant av 119.000 pr. utgangen av år 2000 økende til noe over 129.100 ved utgangen av år 2004.

#### 1.4 Begrepsavklaringer og definisjoner

I oppgaven henvises til at styret saksøkes av kreditorene. Betegnelsen styrets medlemmer, som fremkommer bl.a. i asl. § 17-1 eller i flere regler i asl. kapittel 6, er upresis og en språklig forenkling. Ansvar er individuelt. Kommer man etter en individuell vurdering til at flere styremedlemmer hefter for samme skade, blir de solidarisk ansvarlige, jfr. Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) § 5-3. Det skilles heller ikke mellom styreformann eller menig styremedlem. Ansvar er i utgangspunktet det samme. Det er bare når styreformannen er pålagt særskilte plikter han vil være mer utsatt enn øvrige styremedlemmer. Styreformannen vil også normalt være bedre informert de øvrige styremedlemmene, pga. tettere kontakt med daglig leder og administrasjonen. Varamedlem til styret inkluderes også av ordlyden. De er valgt av generalforsamlingen på samme måte som det fullverdige styremedlem, jfr. asl. § 6-3(1). Det er et vilkår for erstatningsansvar at

---

<sup>1</sup> Statistisk Sentralbyrås konkursstatistikker.

varamedlemmet har deltatt i beslutningsprosessen som danner grunnlag for erstatningskravet.

Benevnelsen "insolvenstidspunktet" benyttes for å angi når selskapet går over fra å være solvent til å bli insolvent, jfr. vilkårene i Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58 (kkl.) § 61. Uttrykket har en svakhet ved at det kan oppfattes som om selskapet er insolvent bare man når en bestemt dato i kalenderen, og ikke at selskapets økonomiske tilstand er avgjørende. I mangel av et bedre begrep velges ovennevnte.

Tilsvarende innvendinger kan også reises mot benevnelsen "skjæringstidspunktet". Begrepet skal angi at senest på dette punktet må styret melde oppbud, fordi grensen for erstatningsrettslig uaktsomhet overskrides. Forut for skjæringstidspunktet vil styremedlemmene bli frikjent i et søksmål, etter dette punktet vil erstatning bli idømt.

### 1.5 Videre fremdrift

Kapittel 2 viser rettskildene oppgaven baserer seg på. Kapittel 3 behandler de rettslige grunnlagene. Herunder fremstilles hvilke interesser som krenkes. I denne delen presenteres også de ulike ansvarsgrunnlagene, jfr. oppgavens generelle del. Kapittel 4 behandler kreditorenes søksmålskompetanse. Med en gjennomgang av rettspolitiske hensyn blir kapittel 5 en innledning til oppgavens spesialdel, selv om innholdet kan være like relevant ved andre pliktbrudd. Kapitlene 6-8 tar for seg hvert av de tre enkeltspørsmålene i oppgavens spesielle del; brudd på styrets oppbudsplikt, forfordeling av kreditorer og enkeltkreditors særtap.

## 2 Rettskilder

Oppgaven baserer seg hovedsakelig på lovtekst, rettspraksis, juridisk litteratur og forarbeidene til ny aksjelovgivning, samt forarbeider til endringer i straffeloven. Etter en



omfattende forutgående behandling med bl.a. to offentlige utredninger vedtok Stortinget aksjeloven i 1997. Stortinget vedtok samtidig en lov om allmennaksjeselskaper, som lov nr. 45. Lovene avløste den tidligere aksjeloven av 1976 og trådte i kraft fra 1. januar 1999.

Oppgavens spesialdel var opprinnelig ment å skulle funderes på rettspraksis.

Statistikkmaterialet i kapittel 1.3 viser at domstiltfanget er begrenset. De få dommene fra Høyesterett og lagmannsrettene gir et dårligere grunnlag for drøftelsene enn ønskelig. De øvrige rettskildene får dermed en mer fremtredende plass, herunder reelle hensyn som følge av egne drøftelser.

Det sparsomme tiltfanget av Høyesterettspraksis kan føre til at lagmannsrettsdommene øker i vekt.

Det rettslige grunnlaget i dommene funderes på både tidligere og nåværende aksjelov. Asl. av 1997 er langt mer positivrettslig utformet når det gjelder pliktregler styret må rette seg etter enn tidligere aksjelover. Ihht. forarbeidene er det ønskelig at terskelen for styrets uaktsomhet med det legges lavere, slik at erstatningsplikt inntre tidligere.<sup>2</sup> Juridisk litteratur trekker samme konklusjon.<sup>3</sup> Men rettens bemerkninger i dommer som bygger på asl. av 1997, indikerer at dette ennå ikke har fått nevneverdig gjennomslag.

Selv om vår nåværende aksjelov er mer positivrettslig utformet, kunne en utledet samme pliktregler fra våre tidligere aksjelover. I så måte er erstatningsreglene i asl. av 1997 bare en videreføring av tidligere rettstilstand. Med det blir rettspraksis fundert på tidligere aksjelover relevant for drøftelsene i oppgaven.

---

<sup>2</sup> Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 83

<sup>3</sup> Olav Perland. Styreansvar etter de nye aksjelovene s. 126

### 3 Rettslig grunnlag for erstatningssøksmål

#### 3.1 Grunnleggende erstatningsvilkår

Som kjent er erstatningsretten i hovedsak utviklet gjennom rettspraksis. Det er sikker rett at følgende tre kumulative vilkår må være oppfylt for at erstatning skal kunne idømmes:

- Det må foreligge et ansvarsgrunnlag. Dette innebærer at styremedlemmet har utvist en uaktsom (culpøs) handling eller unnlatelse under utførelsen av sine plikter
- Det må foreligge et økonomisk tap
- Det må være en påregnelig årsakssammenheng mellom den uaktsomme handlingen og skaden (det påførte økonomiske tapet).

Disse alminnelige grunnsetningene er underliggende og danner basis for senere kodifisering av erstatningsregler i lovform, som i skl. eller i spesiallover som asl.

Dersom lovhjemmelen ikke strekker til eller av annen grunn ikke kan anvendes, vil en alltid kunne falle tilbake på ulovfestet erstatningsrett.

Andre selvstendige rettsgrunnlag som i sin virkning kan minne om erstatningsansvar drøftes ikke, men bør likevel nevnes for oversiktens skyld. Høyesterett har i noen saker behandlet påstand om såkalt gjennomskjæring, som ville medført at aksjeselskapets ansvarsbegrensninger i asl. § 2-2 ble satt til side og selskapets representanter og/eller eiere ble direkte ansvarlig for selskapets forpliktelser.<sup>4</sup> Domstolene har så langt ikke idømt ansvar på slikt grunnlag. De har ikke engang slått fast at en slik adgang unntaksvis kan finne sted. I Minnordommen ble dessuten påberopt et arbeidsgiveransvar når styremedlemmet var valgt i kraft av sin stilling og presumtivt skulle ivareta arbeidsgivers interesser. Heller ikke dette førte frem. I etterkant av dommen ble også ordlyden i skl. § 2-1 endret, slik at verv som tillitsvalgt i annet foretak ikke inkluderes i arbeidstakerbegrepet, jfr. 3. ledd.

---

<sup>4</sup> Dette ble påberopt bl.a. i Rt. 1996 s. 742, Minnordommen.

## 3.2 Ansvarsgrunnlaget

### 3.2.1 Innledning

Som i strafferetten har ansvarsgrunnlaget en objektiv og subjektiv side.

Det objektive elementet oppfylles dersom det kan påvises et brudd på en rettslig plikt- eller unnlatelsesregel. Et eksempel kan være Frostating lagmannsretts dom den 6. desember 2004 som fant styremedlemmet erstatningsansvarlig med rettslig grunnlag i asl. §17-1, hvor pliktbruddet bestod i overtredelse av asl. § 6-18, styrets oppbudsplikt. Innledningsvis behandles culpaansvarets rettslige grunnlag. Oppgavens spesialdel går nærmere inn på de enkelte pliktbrudd.

Det subjektive elementet innebærer at en skal legge til grunn en individuell vurdering av den enkeltes forhold på skadetidspunktet. Selv om utgangspunktet er at aktsomhetsnormen er objektiv, dvs. den er lik for alle, kan det forekomme unntakstilfeller hvor pliktregelen beviselig er overtrådt, men saksøkte kan fremføre grunner som fører til at erstatning ikke idømmes. (Men det skal svært mye til.) Slike unnskyldelsesgrunner behandles i kapittel 3.2.4 nedenfor.

Både rettsreglene om ansvarsgrunnlaget og spørsmål om kreditor har søksmålskompetanse har nær sammenheng med hvilken interesse som krenkes ved overtredelse av pliktbruddet. De ulike interessekrenkelsene behandles i kapittel 3.2.2 nedenfor.

### 3.2.2 Selskapsinteresse og særinteresse

Styret plikter å handle i selskapets interesse ved sin forvaltning etter asl. § 6-12, jfr. også drøftelsen i kapittel 5. Dersom styret handler i strid med selskapsinteressen kan de på nærmere vilkår bli holdt ansvarlige for selskapets tap. Spørsmålet blir så hva selskapsinteressen omfatter.

Begrepet selskapsinteresse er ikke legaldefinert, slik at innholdet må sluttet på grunnlag av andre rettskilder.

I de fleste tilfeller er utgangspunktet for stiftelse av aksjeselskaper at selskapet skal ivareta eiernes økonomiske interesser, jfr. forutsetningsvis asl. § 2-2(2). Dette innebærer at styret skal maksimere selskapets verdi over tid og foreta utbytteutdelinger til aksjonærene. Men det kan også innebære at man skal søke maksimal kortsiktig gevinst, som i så fall kan uttrykkes i vedtektene eller eierne kan instruere styret om dette gjennom vedtak på generalforsamlingen. Selskapsinteressen og aksjonærenes interesser er i denne sammenheng sammenfallende.

Men styret plikter i sin forvaltning også å sørge for at selskapet utøver sin virksomhet innenfor rammen av lovregler og pålegg fra andre rettskilder. Dette utvider innholdet i begrepet. Med dette utgangspunktet vil selskapsinteressen favne svært vidt og ta inn i seg alle elementer som påvirker selskapet i dets løpende drift. Herunder forholdet til ansatte, konkurrenter, medkontrahenter, kreditorer og samfunnet for øvrig.<sup>5</sup> På denne måten må selskapsinteressen sees mer som et samlebegrep som består av ulike enkeltinteresser.

Det kan så spørres om hvorledes enkeltinteressene skal vektlegges av styret, når det oppstår konflikter mellom dem. Det er ført en omfattende internasjonal debatt om dette. I vår anglosaksiske del av Europa og i USA har nok aksjonærenes profittmålsettinger fått forrang, mens man ellers i Europa har villet vektlegge betydningen av andre interesser.<sup>6</sup> Det hevdes at forskjellen neppe har særlig stor betydning.<sup>7</sup> I den løpende drift vil aksjonærenes interesser være overordnede og retningsgivende.

---

<sup>5</sup> Juridisk litteratur benytter samlenavnet "Stakeholder Interests". Jfr. også diskusjonene om Corporate Governance som behandler de ulike elementer underlagt selskapsinteressen.

<sup>6</sup> Magnus Aarbakke mfl. Aksjeloven og allmennaksjeloven, s. 495 (heretter Aarbakke mfl.)

<sup>7</sup> Se nærmere om denne debatten i i Aarbakke mfl s. 494 og Normann Aarum s. 363 flg., særlig s. 363-365 med videre henvisninger til s. 374.

Kreditorenes interesser i selskapet vil bestå i at deres avtalefestede krav honoreres. Så lenge selskapet er solvent og kan dekke sine forpliktelser, vil aksjonærenes interesser være toneangivende. Men kreditorenes økonomiske interesser blir mer fremtredende når selskapets økonomi svekkes. Ved insolvens blir dekning av kreditorenes fordringer det altoverskyggende i selskapsinteressene på bekostning av aksjonærene. Dette fordi ytterligere tapsbringende drift kun vil ramme kreditorene. Eiernes egenkapital er allerede tapt. Denne forståelsen, som innebærer både at kreditorenes interesser er en selvstendig del av selskapsinteressen og at den tillegges større vekt enn aksjonærinteressen ved selskapets insolvens, legges til grunn i juridisk teori<sup>8</sup>, i aksjelovens forarbeider<sup>9</sup> og i rettspraksis<sup>10</sup>, eksempelvis i dommene det vises til i kapittel 3.2.2.

I utledningen ovenfor påføres kreditorene i fellesskap et tap, gjennom at dividenden fra konkursboet reduseres tilsvarende driftstapet i insolvensperioden. Men det kan også forekomme tilfeller hvor tapet i denne perioden ikke rammer kreditorene samlet, men en kreditor særskilt. Man kan tenke seg at en enkeltkreditor kontraherer med et insolvent aksjeselskap på kredittvilkår. Kreditoren leverer sin ytelse til selskapet, men innen betaling finner sted begjæres oppbud eller driften innstilles av andre årsaker. Selskapet har blitt tilført verdier, og bare disse verdiene forbrukes når selskapet senere lider tap før driften innstilles. De øvrige kreditorenes stilling er ikke forverret, deres eventuelle dividende blir uendret. I dette tilfellet er enkeltkreditorens særinteresser rammet, ikke kreditorenes fellesinteresser gjennom selskapsinteressene.

---

<sup>8</sup> Se også Kristin Normann Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, kap. 6 (heretter Normann Aarum).

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 120 flg.

<sup>10</sup> Forholdet mellom selskapsinteressen og selskapskreditorenes interesser var tema i tre Høyesterettsdommer i 1993, se Rt. 1993 s. 20, s. 987 og s. 1399. I den sistnevnte dommen, Ytternes, avviste en enstemmig Høyesterett oppfatningen som var kommet til uttrykk i Rt. 1993 s. 987 om at insolvent aksjeselskap ikke kan påføres erstatningsmessig skade, slik at kreditorenes interesser må sees som en selvstendig del av selskapsinteressene. Tilsvarende ble lagt til grunn i Oslo tingretts dom 15. juli 2005 Finance Credit Norge AS, dets konkursbo mot KPMG (dommen er påanket). I dommen uttalte tingretten under henvisning til Ytternesdommen at kreditorenes interesse i å ha selskapsformuen som dekningsobjekt er en selskapsinteresse.

At det eksisterer en slik særinteresse for enkeltkreditor og at denne har en rettslig betydning, støttes av rettspraksis<sup>11</sup> og behandles i juridisk litteratur.<sup>12</sup> I Rt. 1933 s. 115 (på s. 116 med min uthevelse) uttaler Høyesterett:

”... i nærværende sak overhodet *ikke er paaført selskapet noget tap; dets formue er ikke forringet, men tvertimot øket med de 30 000 kroner som ingeniør Kielland har laant selskapet*. Forholdet er derfor her, at ingeniør Kielland gjør gjeldende et *særkrav* bygget paa, at han er blitt villedet av uriktige regnskaper og av den grunn har innlatt sig paa at laane selskapet de 30 000 kronene, som for den vesentligste del er tappt”

### 3.2.3 Culpaansvarets objektive side

Aksjelovens kap. 17 bærer kapitteloverskriften Erstatning m.v. Hovedregelen om erstatningsansvar finner vi i § 17-1, som har følgende ordlyd:

”Selskapet kan kreve at styremedlemmer, medlemmer av bedriftsforsamlingen, daglig leder, aksjeeiere, eller granskere erstatter tap som de forsettelig eller uaktsomt har voldt det under utførelsen av sin oppgave.”

Ved siden av å kodifisere culpaansvaret som ansvarsgrunnlag, jfr. ”forsettelig eller uaktsomt”, angis hvilke skadevoldere som kan bli stilt erstatningsrettslig ansvarlig. Ordlyden omfatter oppgavens personer. Av dette sluttes at regelen hjemler styremedlemmers erstatningsansvar som skadevolder. Denne forståelsen bekreftes av rettspraksis.

Men lovteksten hjemler kun ”selskapet” som skadelidt, og inkluderer ikke de skadelidte vi er interessert i; selskapets konkursbo og enkeltkreditorer som har lidt et særtap. Dette kan

---

<sup>11</sup> Se Eidsivating lagmannsrett i dom av 23. august 2004 eller Frostating lagmannsrett den 23. desember 2003.

<sup>12</sup> Normann Aarum s. 162 flg.

tyde på at disse skadelidte ikke kan påberope asl. § 17-1 som rettslig grunnlag for et erstatningskrav og at et søksmål må baseres på ulovfestet erstatningsrett.

I asl. av 1976 § 15-1 var kreditor innbefattet i ordlyden over mulige skadelidte, jfr. opplistingen "andre".<sup>13</sup> I det første settet av forarbeider til vår nåværende aksjelov forble kretsen av skadelidte uendret. Verken arbeidsgruppen som fremla NOU 1992:29, høringsinstansene eller departementet i Ot.prp. nr. 36 (1993-94), foreslo endringer i ordlyden. I neste runde foreslo Selvigutvalget i NOU 1996:3 endog å presisere kreditorenes erstatningsadgang i en egen lovparagraf. I departementets fremlegg i Ot.prp. nr. 23 (1996-97) var denne paragrafen falt bort uten at den opprinnelige lovhjemmelen ble korrigert tilsvarende. Dette uten kommentarer. Meningen har tydeligvis vært at gjeldende rett skulle videreføres. Det senere lovvedtaket ble basert på systematikken i nevnte Ot.prp. Forarbeidene trekker følgelig i retning av at kreditorenes hjemmelsgrunnlag fortsatt var ment å skulle dekkes av ordlyden "selskapet" i § 17-1.

I kapittel 3.2.2 ovenfor påvises at kreditorenes interesser er en del av selskapsinteressene og at dette har rettslig betydning. En følge må være at kreditorene innbefattes av ordlyden "selskapet" i § 17-1 og kan anvende paragrafen som rettslig grunnlag for erstatningssøksmål. Dette støttes av rettspraksis, jfr. domshenvisningene i kapittel 3.2.2. Det vises særlig til diskusjonene omkring de tre dommene fra 1993, hvor Ytternesdommen<sup>14</sup> rydder av veien evt. tvil om hjemmelsspørsmålet. At kreditor kan ta utgangspunkt i § 17-1 som ansvarsgrunnlag må i dag sies å være sikker rett.

Når kreditorene lider tap pga. brudd på oppbudsplikten eller ved forfordeling av kreditorene, er det nettopp selskapsinteressen som krenkes. Styret ivaretar ikke kreditorenes felles interesse ved å begrense deres tap. Følgelig kan kreditorene i disse

---

<sup>13</sup> Asl. 1976 § 15-1: Styremedlem, daglig leder, aksjeeier, revisor, uavhengig sakkyndig og granskningsmann plikter å erstatte skade som vedkommende under utførelsen av sin oppgave forsettelig eller uaktsomt volder selskapet, aksjeeier eller andre.

<sup>14</sup> Rt. 1993 s. 1399

situasjonene påberope asl. § 17-1 som rettslig grunnlag for sitt søksmål. Denne forståelsen bekreftes av rettspraksis, jfr. dommene som fremkommer i spesialdelen.

Men når enkeltkreditor lider et særtap rammes ikke selskapsinteressene. Særkreditoren kan derfor ikke legge til grunn aksjelovens culpapregel, men må påberope ulovfestet erstatningsrett. Også dette bekreftes av rettspraksis, jfr. Eidsivating lagmannsretts dom den 23. august 2004, eller dom avsagt 23. desember 2003 av Frostating lagmannsrett. Se også kapittel 8.1 for nærmere omtale av rettsgrunnlaget.

#### 3.2.4 Culpaansvarets subjektive side.

Ved avgjørelsen av om de subjektive ansvarsbetingelsene er tilstede, blir spørsmålet om det enkelte styremedlem kan påberope seg grunner som fører til at pliktbruddet blir unnskyldelig. Dette vil bero på om styremedlemmet er i faktisk eller rettslig villfarelse eller om det foreligger forhold ved hans person som unnskyldning for pliktbruddet.<sup>15</sup>

Når det gjelder forhold ved styremedlemmets person er culpanormen i utgangspunktet objektiv, dvs. alle styremedlemmer skal behandles likt uansett personlige forutsetninger. Dvs. at man blir normalt ikke hørt med innsigelser som at man var trett, overarbeidet, syk, i psykisk ubalanse osv. Synspunktet har støtte i rettspraksis, jfr. Oslo byrett i RG 1986 s. 896 og Eidsivating lagmannsretts dom 11. mai 1987. Heller ikke manglende innsikt i forretningsdrift eller andre forhold ved selskapets virksomhet, skal som utgangspunkt kunne føre til bortfall av ansvar. Gulating lagmannsrett la i sin dom den 13. desember 1990 til grunn at det ikke er unnskyldelig at styremedlemmet manglet innsikt i regnskapsspørsmål.

Men utgangspunktet gjelder ikke absolutt, det modifiseres i enkelte unntakstilfeller. Eidsivating lagmannsrett tok i sin dom 14. mars 1993 hensyn til at saksøkte var så svekket fysisk og psykisk at ansvar ikke kunne gjøres gjeldende. Han hadde diagnosen "burnout

---

<sup>15</sup> Normann Aarum s. 220 flg.



syndrom” samt var rammet av slag. Vedkommende hadde heller ikke evnet å si fra seg oppdraget.

Selv om skyldbedømmelsen er objektiv, kan spesielle kvalifikasjoner virke i skjerpene retning, jfr. Rt. 1926 s. 471 eller Rt. 1975 s. 198. Eksempelvis vil et styremedlem med spesiell kompetanse på et sakfelt kunne bedømmes strengere enn styremedlemmer uten slik innsikt. Og ofte vil styreformannen være bedre orientert enn øvrige styremedlemmer.

Også ved vurdering av faktisk villfarelse om selskapets forretninger må tas utgangspunkt i at culpanormen er objektiv og streng. Pliktreglene i asl. § 6-12 (3) og (4), samt § 6-19 pålegger styremedlemmet å holde seg orientert om selskapets virksomhet og til selv å ta initiativ til en forsvarlig saksbehandling. Dette trekker i retning av at det skal en til før styremedlemmet blir hørt i sin innsigelse. På den annen side kan ikke styrets medlemmer vite alt, de har tross alt bare et overvåkningsansvar og ikke noe operativt ansvar. I Rt. 1932 s. 857 ble styret frifunnet fordi det hadde innhentet sakkyndige uttalelser og basert sin beslutning på dette.

Tilsvarende må rettsvillfarelse i spesielle unntakstilfeller kunne tas hensyn til, dersom styret for eksempel funderer sin avgjørelse på innhentede juridiske uttalelser i en sak som vedrører rettsområder man ikke kan forvente generell kunnskap om.

### 3.2.5 Andre grunner til at ansvar kan bortfalle

Ansvar kan også falle bort ved kreditors samtykke, ved utvist passivitet eller annen aksept av risiko.

Samtykke kan foreligge ved at kreditorene gir sin tilslutning til pliktbruddet. Kreditorene kan for eksempel uttrykkelig tillate videre drift til tross for selskapets insolvens, slik at oppbudsplikten suspenderes. Et slikt samtykke kan være virkelighetsnært fordi alternativet oftest er liten eller ingen dividende fra et konkursbo. Også samtykke til forfordeling kan

føre til samme, ved at kreditorene tillater at enkelte fordringer honoreres, mens de selv ikke får dekning.

Det subjektive elementet behandles ofte sammen med evt. lempning av ansvaret, dvs. i forbindelse med utmåling av erstatningssummen, jfr. Rt. 1986 s. 896. Da blir rettsvirkningen at ansvar delvis legges til grunn og delvis bortfaller

### 3.3 Påregnelig årsakssammenheng

Et grunnleggende vilkår for å kunne holde styremedlemmet erstatningsrettslig ansvarlig er at det foreligger en årsakssammenheng mellom pliktbruddet og kreditorens tap, jfr. ordlyden har ”voldt” i asl. § 17-1. Det er også et vilkår at det må være en tilstrekkelig nærhet mellom den uaktsomme handlingen/unnlåtelsen og tapet. Vilkårene er absolutte. Foreligger ikke tilstrekkelig sammenheng idømmes ikke erstatningsansvar. Kreditor har bevisbyrden for å påvise dette. Ved avgjørelse av spørsmål om årsakssammenheng legger domsstolene betingelseslæren til grunn, jfr. Eidsivating lagmannsretts dom den 25. juni 1993.

Styremedlemmer som er uenige i en beslutning plikter å stemme mot denne. Har man stemt mot vedtaket er kravet til årsakssammenheng ikke oppfylt for dette styremedlemmets del. Protokollasjon vil bare lette den etterfølgende bevisførselen; den er ingen betingelse for hindre årsakssammenhengen.

Juridisk litteratur drøfter om det skal være et krav at man ved vidtrekkende avgjørelser også plikter å trekke seg fra styrevervet.<sup>16</sup> For å legge dette til grunn, må kreditor i så fall godtgjøre at tapet ikke hadde oppstått dersom styremedlemmet hadde trukket seg. Man kan kanskje tenke seg en slik konstellasjon dersom aksjeselskapet er insolvent og saken gjelder inngåelse av en avtale hvor medkontrahenten skal yte kreditt. Styremedlemmets fratreden

---

<sup>16</sup> Normann Aarum s. 238 flg.. Se også Rolf Doteval, Bolagsledningens skadestandsansvar, s. 136-138 (heretter Doteval).

kunne tenkes å føre til at kontrahering ikke hadde funnet sted eller at kreditor ikke ytet kreditt.

Når selskapets konkursbo funderer et søksmål på en uaktsom handling/unnlatelse som fant sted mens selskapet var solvent, vil det ofte få problemer med å påvise en klar årsakssammenheng mellom handlingen og det konstaterte tapet. I dette tilfellet må boet godtgjøre at uaktsomheten først førte til at selskapet led tap og deretter at tapet fortsatte etter insolvens, slik at kreditorene i fellesskap lider tap. Vanligvis vil det være mange beslutninger fra både styrets og den daglige ledelsens side som i sum har ført til underskuddene. Enkelte beslutninger medfører pliktbrudd, andre ikke. Og enkelte av pliktbruddene kan anses aktsomme. Fra rettspraksis ser vi derfor at vilkåret om årsakssammenheng søkes oppfylt gjennom at flere pliktbrudd påberopes i samme sak, med påstand om at disse i sum har ført til tapet. Et eksempel kan være Frostating lagmannsretts dom den 6. desember 2004<sup>17</sup> hvor brudd på asl. §§ 3-4 og 3-5 ble påberopt sammen med brudd på oppbudsplikten.

De utvalgte emnene i oppgavens spesialdel, vil vanligvis ikke føre til problemer med å bevise en tilstrekkelig nær årsakssammenheng. En kan vanskelig tenke seg at ikke en uaktsom forfordeling av enkelte kreditorer vil føre til at de gjenværende kreditorenes dividendemulighet forringes. Og når styret unnlater å begjære oppbud, vil det bare unntaksvis kunne hevdes at kreditorenes tap ikke er en direkte følge av pliktbruddet (at det kan være problematisk å fastsette tapets størrelse er en annen side).

Videre er årsakssammenhengen iøynefallende og lett å påvise, dersom enkeltkreditor lider særtap fordi han er forledet til å kontrahere på kredittbetingelser dersom selskapet enten ikke opplyser om sin insolvens eller gir positivt feilaktige opplysninger om økonomisk status.

---

<sup>17</sup> Dommen refereres i kapittel 6.3.1.2.

### 3.4 Utmåling av erstatningsmessig skade

Utgangspunktet for all erstatningsutmåling er at den fulle og hele erstatningsmessige skade skal dekkes. Dette følger av ulovfestet erstatningsrett, herunder omfattende rettspraksis. Å anslå den erstatningsmessige skade kan skape problemer.

Når styret unnlater å oppfylle sin oppbudsplikt påføres kreditorene et tap tilsvarende en økning i underskuddet fra skjæringstidspunktet til driften innstilles. Dette er svekkelsen i konkursboets formuesstilling og skal erstattes. Tapet kan være vanskelig å anslå fordi det ofte er uklart når skjæringstidspunktet inntreffer samt usikkerheter forbundet med tapsberegningen for den etterfølgende driftsperioden. Søksmålet fremmes av konkursboet på vegne av kreditorfellesskapet. Evt. idømt erstatning kommer alle kreditorene til gode gjennom øket dividende.

Ved forfordeling av kreditorer skal erstattes tapet de gjenværende kreditorene lider ved at boets eiendeler reduseres. Dette representerer svekkelsen i boets økonomi og ville medført et større beløp til fordeling. Det kan imidlertid innvendes at kreditorenes tap er noe lavere, i det de innfridde fordringene også fører til en reduksjon i boets anmeldte fordringsmasse. Dividenden vil følgelig øke forholdsmessig. Rettspraksis i dette spørsmålet er sparsom og problemstillingen må sies å være uavklart.<sup>18</sup>

Ved enkeltkreditors særtap fremmes søksmålet av kreditor selv og idømt erstatning tilfaller ham alene og ikke konkursboet.

Juridisk litteratur drøfter hvorvidt utmåling skal finne sted på grunnlag av den positive eller negative kontraktsinteressen.<sup>19</sup> Jeg vil først forklare grunnlaget for, og resultatet av, de to utmålingsalternativene.

---

<sup>18</sup> Avgjørelsen i RG 1955 s. 747 Eidsivating, gir ikke noen prinsipiell avklaring.

<sup>19</sup> For nærmere drøftelse, se Normann Aarum s. 558 flg.

Dersom det tas utgangspunkt i at det foreligger en gyldig inngått avtale mellom selskapet og kreditor, skal utmålingen gi uttrykk for den positive kontraktsinteressen. Da skal erstatningen dekke fordringens pålydende tillagt saksomkostninger.

Under synsvinkelen negativ kontraktsinteresse, legges en årsaksbetraktning til grunn. Man ser det slik at dersom styret hadde oppfylt sin opplysningsplikt ville ikke avtalen kommet i stand. Kredittavtalen betraktes som ugyldig. Kreditor skal da bare ha dekket tapet han er påført ved at han stolte på avtalen.

Men begrepene gir ingen veiledning om hvilke tapsposter som skal dekkes. Den største ulikheten er sannsynligvis hvorvidt avtalens fortjeneste skal inkluderes. Som utgangspunkt tas ikke hensyn til denne under den negative kontraktsinteressen. Men dette kan modifiseres ved å kreve disponeringstap inkludert. I så fall blir utmålingen lik. Til dette kan igjen reises spørsmål ved disponeringstapets adekvans. I Rt. 1975 s. 198 kom man frem til at styrets ansvar ikke omfattet uteblitt fortjeneste. Retten la til grunn den negative kontraktsinteresse ved tapsberegningen. Det samme ble resultatet i Rt. 1929 s. 705.

Juridisk teori synes også å legge den negative kontraktsinteressen til grunn ved valg av alternativ.<sup>20</sup> Jeg vil ikke konkludere med annet enn at spørsmålet fortsatt synes uavklart.

Ihht. asl. § 17-2 kan tapet lempes etter skl. § 5-2. Regelen kan komme til anvendelse bl.a. fordi styremedlemmets erstatningsevne kan stå i sterkt misforhold til det påførte tap. Tapspotensialet i styrebeslutninger aktualiserer spørsmålet om styreansvarsforsikring.

---

<sup>20</sup> Normann Aarum s. 241 flg.

## 4 Kreditors søksmålskompetanse

### 4.1 Innledning

Et grunnleggende prinsipp innen sivil prosessrett er at adgangen til å reise søksmål bør følge den materielle rett<sup>21</sup>.

Så lenge selskapet er solvent, vil kreditors fordring innfris av hans kontraktspartner, dvs. selskapet. Innfrielsen vil enten finne sted frivillig eller gjennom utlegg og tvangssalg ihht. tvangslovens regler. Kreditorerne vil følgelig ikke ha noe krav å forfølge mot styremedlemmene. Denne forståelsen bekreftes av rettspraksis, eksempelvis i Rt. 1993 s. 20. Det samme uttrykkes i kommentarene i Hildedommen, Rt. 1918 s. 841.<sup>22</sup>

Når selskapet er insolvent vil kreditor lide tap. Skyldes tapet uaktsomhet fra styrets side, oppstår spørsmål om hvem som kan forfølge et erstatningskrav, selskapets konkursbo eller kreditorerne enkeltvis. Og videre; dersom konkursboet kan reise søksmål, kan i så fall den enkelte kreditor også reise søksmål på individuell basis? Spørsmålene avgjøres i hovedsak ved å analysere hvilke interesser som krenkes, selskapsinteresser eller enkeltkreditors særinteresser. Det vises til kapittel 3.2.2.

Først gis en generell behandling av ovennevnte spørsmål, deretter går jeg nærmere inn på søksmålskompetanse ved brudd på pliktreglene som drøftes i oppgavens spesialdel.

---

<sup>21</sup> Jo Hov, Rettergang III, Sivilprosess, s. 25

<sup>22</sup> På s. 842 bemerker retten (med min uthevelse): "Selskapets *kreditorer* har derimot ikke som saadanne nogen adgang til at gjøre ansvar gjeldende paa grund av selskapets evne til at dekke almindelige gjeldsfordringer ved styrets forhold nedsat".

## 4.2 Søksmålskompetanse ved krenkelse av selskapsinteressene

### 4.2.1 Konkursboets søksmålskompetanse etter asl. § 17-3

Styret kan krenke selskapsinteressene og komme i erstatningsansvar gjennom uaktsomme pliktbrudd. Det materielle erstatningskravet vil ikke falle bort som en følge av at det åpnes konkurs. Kravet overtas av konkursboet som selskapets rettsetterfølger, jfr. Lov om fordringshaveres dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 § 2-2. (dl.)<sup>23</sup> Dette har vært gjeldene rett i mange tiår, jfr. Høyesteretts kommentarer avslutningsvis fra Hidledommen.<sup>24</sup> På visse vilkår er konkursboet ikke bundet av et evt. tidligere vedtak i generalforsamlingen om ansvarsfritak for styret, jfr. asl. § 17-5.

Ved konkursåpning overtas forvaltningen av selskapsinteressene, herunder søksmålskompetansen, av konkursboets organer, jfr. asl. § 17-3 (1) annet punktum. Paragrafen sier at når det er åpnet konkurs, gjelder reglene i konkursloven. Dette innebærer at konkurslovens kompetanseregler legges til grunn ved avgjørelse om søksmål skal fremmes på konkursboets vegne.<sup>25</sup> Normalt beslutter bobestyreren, evt. bostyret, om søksmål skal reises, jfr. kkl. § 85 annet ledd.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Også erstatningskrav er et formuesgode boet kan ta dekning i, jfr. ordlyden i dl. § 2-2. ...” et hvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden”. Det er ikke noe vilkår at søksmålet må være fremmet før konkursåpning.

<sup>24</sup> På s. 842 bemerker retten (med min uthevelse): ”Kommer selskapet under konkursbehandling, faar konkursboet adgang til at gjøre et saadant gjeldende mot selskapets styre eller styremedlemmer. Ved konkursens aapning gaar nemlig selskapets (konkursskyldnerens) mulige erstatningsfordring *over til konkursboet (kræditorfellesskapet)*.”

<sup>25</sup> Se også Normann Aarum s. 275.

<sup>26</sup> Tingretten kan unntaksvis overprøve bostyrets avgjørelse, jfr. kkl. § 99.

#### 4.2.2 Enkeltkreditors søksmålskompetanse etter kkl. § 118. 2. ledd.

Dersom konkursboet beslutter å ikke fremme søksmål, kan enkeltstående kreditor i medhold av kkl. § 118. 2. ledd fremme søksmål på boets vegne.<sup>27</sup> Hjemmelen oppstiller vilkår for enkeltkreditors adgang til å fremme søksmålet.<sup>28</sup> Hjemmelen er følgelig en unntaksregel som gir enkeltkreditor kompetanse til å fremme erstatningssøksmål mot styrets medlemmer for deres uaktsomme krenkelse av selskapsinteressene. Selv om dommen er litt spesiell, synes dette å fremkomme av Rt. 1993 s. 20.

Vinner kreditoren frem i sitt søksmål skal erstatningsmidlene med enkelte unntak tilføres boet.<sup>29</sup>

#### 4.2.3 Konkursboets søksmålskompetanse ved brudd på oppbudsplikten

Oppbudsplikten etter asl. § 6-18 tar sikte på å beskytte kreditorene i fellesskap mot tap. Det er selskapsinteressene som rammes. Erstatningspliktig uaktsomhet inntreffer dersom skjæringstidspunktet overskrides, jfr. kapittel 6 nedenfor.

Spørsmål om hvem som har kompetanse til å reise søksmål, konkursboet eller enkeltkreditor, kan unntaksvis være uklart.

I de fleste tilfeller vil enten selskapet selv eller en fordringshaver begjære oppbud når selskapet er insolvent. Kompetanse til å fremme søksmål vil da tilligge boets organer, jfr. diskusjonen i kapittel 4.2.1 ovenfor. Likeledes vil enkeltkreditor kunne fremme søksmål etter kkl. § 118.2 (for boets tap).

---

<sup>27</sup> Kkl. § 118 2. ledd (min uthevelse): ”Beslutter skiftesamlingen at boet ikke skal forfølge sin mulige rett, kan enhver fordringshaver som ... *ta opp saken på boets vegne*...”.

<sup>28</sup> For nærmere gjennomgang av vilkårene vises til Normann Aarum s. 275 flg.

<sup>29</sup> Ihht. kkl. § 118.2 vil kreditoren ha rett til forlods dekning av sine utgifter så lenge disse er rimelige.



Unntaksvis overskrides oppbudsplikten og driften innstilles uten at det åpnes konkurs. Det er da ikke opprettet noen offentlige organer til å ivareta kreditorfellesskapets interesser. I disse tilfellene kan reises spørsmål om den enkelte kreditor likevel kan fremme søksmål mot styremedlemmene for sitt forholdsmessige tap i selskapsformuen. I forarbeidene til aksjeloven fremmet Selvigutvalget forslag om at adgangen til å fremme slike direktekrav fra kreditorene skulle utelukkes, jfr. utvalgets forslag til ny § 16-8(2).<sup>30</sup> I Ot.prp. nr. 23 (1996-97) finner ikke departementet å kunne støtte forslaget. Fra side 122, under pkt. 12.3.3 siteres:

”I utpregede misbrukssituasjoner – særlig når selskapet er insolvent uten at det er åpnet formell konkurs – kan det være på sin plass med direkte krav fra kreditorene utenom konkurslovens regler, slik tilfellet var i Rt. 1993 side 20.

Departementet ser på denne bakgrunnen lite behov for å begrense adgangen til direkte krav for kreditorer.”

Departementet supplerte sin konklusjon med at det burde lovfestes at kreditorene er bundet av selskapets krav og står tilbake for selskapets søksmål.

Begge forslagene ble fulgt opp i det endelige lovvedtaket, det siste som en ny § 17-6.

Senere juridisk litteratur omtaler disse sidene av enkeltkreditors søksmålskompetanse og viser til at § 17-6 forutsetter at kreditorene kan fremme søksmål utenom konkurslovens regler.<sup>31</sup> Jeg har ikke funnet rettspraksis som bekrefter en slik forståelse.

Likevel trekker foreliggende rettskilder i retning av at kreditorene har kompetanse til å fremme søksmål mot styrets medlemmer for deres uaktsomme krenkelse av selskapsinteressene, i situasjoner som beskrevet ovenfor.

---

<sup>30</sup> NOU 1996 : 3 s. 401 og s. 89 flg.

<sup>31</sup> Perland s. 132. Han påpeker at slike krav bare vil være aktuelle dersom selskapet er insolvent uten at det er åpnet konkurs.

#### 4.2.4 Konkursboets søksmålskompetanse ved forfordeling av kreditorer

Styrets uaktsomme brudd på plikten til å hindre forfordeling av kreditorene er likeledes et brudd på selskapsinteressene. Boets eiendeler forringes, slik at dividendegrunnlaget reduseres.

Boets, og også enkeltkreditors unntaksvis søksmålskompetanse, fremkommer på samme grunnlag som vist i kapittel 4.2.3 ovenfor, vedrørende oppbudsplikten.

### 4.3 Søksmålskompetanse ved krenkelse av enkeltkreditors særinteresser

#### 4.3.1 Enkeltkreditors søksmålskompetanse

Enkeltkreditors særtap rammer ikke selskapsinteressene. Enkeltkreditors særtap er selskapet uvedkommende. Fellesskapet kan til og med ha tjent på at styrets ansvarsbetingende forhold har påført særkreditoren et tap.

Dette avskjærer konkursboets søksmålskompetanse. Søksmålskompetansen tilfaller særkreditoren selv. Han har lidt et individuelt tap som styremedlemmene må erstatte direkte til enkeltkreditoren. Denne forståelsen har støtte i rettspraksis, jfr. Rt. 1933 s. 115.<sup>32</sup>

Enkeltkreditors søksmålskompetanse bryter ikke med asl. § 17-6. Selskapets fortrinnsrett til søksmål etter denne regelen kommer kun til anvendelse ved krenkelse av selskapsinteressene, jfr. kommentarene i kapittel 4.2.3 ovenfor.

---

<sup>32</sup> Sitat fra rettens kommentarer fremkommer i kapittel 3.2.2 ovenfor, i forbindelse med utledning av selskaps- og særinteressene.

## 5 Uaktsomhet ved forretningsmessige avgjørelser. Rettspolitiske hensyn

### 5.1 Innledning

Ihht. asl. § 6-12 forstås styret forvaltningen av selskapet. Begrepet ”forvaltningen av selskapet” er ikke legaldefinert. Ordlyden vil omfatte alle styrets gjøremål, herunder organisering av virksomheten. Å treffe forretningsmessige avgjørelser er en viktig del av styrets forvaltningsmessige plikter. Beslutningene treffes for å oppnå selskapets lønnsomhetsmålsetninger, jfr. asl. § 2-2 (2).<sup>33</sup>

Formålet med fremstillingen i dette kapitlet er å påvise at styrets erstatningsansvar ved forretningsmessige avgjørelser kan hevdes å stå i en rettspolitisk særstilling. Hensynene vil ligge i bunnen også ved uaktsomhetsvurderingen av lov- og ulovfestede pliktbrudd, hvor pliktbruddet samtidig er en forretningsmessig avgjørelse. Hensynene vil følgelig være relevante for drøftelsen av spørsmålene som reises i oppgavens spesialdel.

### 5.2 Rettspolitiske hensyn ved forretningsmessige avgjørelser

Styrets ansvar for forretningsmessige avgjørelser, vil på mange måter stå i en rettspolitisk særstilling i forhold til erstatningsansvar på andre rettsområder. Dette fordi styret på den ene siden er forpliktet til å fatte avgjørelser som i sin natur innebærer større og mindre risiko, avgjørelser som på den andre siden kan medføre erstatningsansvar. Blant annet vil beslutningene måtte tuftes på forventninger om fremtiden, som alltid vil medføre elementer av usikkerhet. De fleste vil samtykke i at det da ikke blir noe godt resultat om selskapet, eller eierne, eller til og med kreditorene, skal kunne vise til at beslutningene i ettertid viste seg å være feil og medførte et økonomisk tap, som de samme skadelidte skal kunne få dekket gjennom et privatrettslig søksmål mot styremedlemmene.

---

<sup>33</sup> Juridisk litteratur avgrenser innholdet i begrepet forretningsmessige avgjørelser noe ulikt. For nærmere diskusjon, se Normann Aarum s. 303 flg. I den grad det har betydning i oppgaven, legges Normann Aarums forståelse til grunn.

En slik dekningsmulighet vil dessuten ha en preventiv effekt på styremedlemmers vilje til å ta risiko. Bedrifters evne til å vise overskudd og overleve over tid, er nettopp tuftet på tillitsmennesenes evne og vilje til foretaksmhet og nytenkning. Det vil være negativt for ervervslivet om vi har et juridisk erstatningsregime som hindrer slik atferd. Dette siste er kanskje kjernen i diskusjonen om anledningen til å erstatningsbelegge feilaktige forretningsmessige beslutninger. Begrenser man tillitsmennesenes risikovillighet, vil dette kunne gi konsekvenser for nyskapningen i virksomheter og derav redusere aktivitetsnivået i samfunnet. Hensynet til arbeidsplasser og drift av hele samfunnsmaskineriet ligger altså i bunnen. Og her blir resultatet likt enten man ser på eiernes, selskapets eller kreditorenes muligheter for å vinne gjennom i et søksmål.

Andre momenter som trekker i samme retningen er at et for strengt erstatningsregime lett vil kunne føre til at rekrutteringen til styreverv tørker ut. De færreste vil ønske å bekle et verv hvor sannsynligheten er stor for å kunne få en fellende dom mot seg. Tanken på den negative publisitet og etterfølgende stigmatisering en utsetter seg og kanskje sin familie for gjennom en rettsprosess, kan alene være nok til at man betakker seg for et slikt tillitsverv. Videre står styremedlemmers honorarer på ingen måte i noe forhold til de økonomiske tap man utsetter seg for å måtte dekke. Nevnes bør også at et styremedlem skal fatte avgjørelser på et vidt spekter av områder, hvor en ikke kan fordre at alle har tilstrekkelig dyp kunnskap eller erfaring på alle felter, til at det ikke må godtas at det gjøres feil i blant.

Ovennevnte er alle momenter som taler mot å pålegge styret en plikt til å fatte risikopregede beslutninger, for så å følge opp med et regime som pålegger de samme tillitsmennene å bære byrdene hvis beslutningen i ettertid viser seg å føre til et tap. Skal styret først kunne bli erstatningsansvarlige for slike tap, må listen i alle fall legges høyt før ansvar inntreffer. Det skal være vanskelig å vinne frem i slike søksmål. Den sparsomme rettspraksis vi kan vise til i Norge eller i utlandet, viser at domsstolene er tilbakeholdne med fastslå ansvar.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Normann Aarum drøfter spørsmålet nærmere på s. 307 flg., og viser også til rettspraksis i Norge og enkelte andre land.

Men dette kan ikke være riktig for alle typer forretningsmessige avgjørelser. Også styret vil ha enkelte retningslinjer de må holde seg innenfor når det tas beslutninger, og som det vil være uaktsomt å ignorere. Dersom den forretningsmessige beslutningen kan karakteriseres som illojal overfor selskapet, vil de fleste finne det rimelig at et tap skal erstattes. Et eksempel kan være en beslutning som favoriserer egne økonomiske forhold eller på annen måte gir fordeler for styremedlemmet selv eller til noen i hans nærmeste krets. Jeg ser da bort fra bestikkelser, som vil falle utenfor de forretningsmessige avgjørelsene, i det et slikt forhold kan bryte rettsnormer innen både erstatnings- og strafferetten. Utenforliggende forhold av illojal karakter kan være å stemme mot å anbefale en fusjon som synes forretningsmessig gunstig for aksjonærene, fordi styremedlemmet da vil miste sitt godt betalte eller gunstig profilerte styreverv.<sup>35</sup>

Tilsvarende kan deltakelse i forretningsmessige beslutninger som skyldes saksbehandlingsfeil føre til erstatningsansvar. Inhabilitet hos et styremedlem kan være et eksempel. Også spørsmål om slike formalfeil drøftes nærmere i juridisk litteratur.<sup>36</sup>

En type avgjørelser som ikke faller under kategorien rene forretningsmessige avgjørelser, fordi de også innebærer et normbrudd, bør likevel nevnes. Dette fordi norsk rett ikke skiller mellom uaktsomhet ved normbelagte eller andre pliktbrudd, de kan begge være erstatningsbetingende uaktsomme.<sup>37</sup>

Forretningsmessige avgjørelser som samtidig innebærer et brudd på vedtektene er et eksempel på dette. Styret bør ikke kunne fatte investeringsavgjørelser som går utenfor eller til og med motarbeider selskapets formål. Tilsvarende kan eierne gjennom generalforsamlingen ha gitt styret retningslinjer om graden av risiko man skal holde seg innenfor.

---

<sup>35</sup> For nærmere diskusjon, se Normann Aarum s. 331 flg.

<sup>36</sup> Normann Aarum s. 324 flg.

<sup>37</sup> Disse forretningsmessige avgjørelsene faller utenfor Normann Aarums definisjon.

Videre er styret pålagt å holde seg innenfor lovregler i sine avgjørelser, enten disse er nedfelt i aksjelovgivingen eller i annen lovgiving. En pliktregel som er spesielt interessant for kreditorene er asl. § 6–18. Ved insolvens pålegges styret å begjære oppbud. Beslutningen om videre drift under insolvens er også en forretningsmessig avgjørelse. Lovgiver ønsker å verne kreditorene ved å forhindre at selskapet drives videre for deres regning og risiko. Eiernes og kreditorenes interesser står mot hverandre, ved at eierne har alt å vinne, mens kreditorene bærer risikoen for ytterligere tap. Det er bl.a. gjennom en avveining av disse aktørenes interesser en finner svar på et av temaene i oppgavens spesialdel; når inntreffer skjæringstidspunktet.

## **6 Styrets erstatningsansvar ved brudd på oppbudsplikten**

### **6.1 Innledning**

Styrets medlemmer kan handle erstatningsmessig uaktsomt ved brudd på styrets plikt til å begjære oppbud, asl. § 6-18 (1). Dette støttes av langvarig rettspraksis.<sup>38</sup>

Kapitlet har to formål. Det ene er å kartlegge når oppbudsplikten oppstår. Som omtalt i kapittel 1.4 benyttes begrepet ”skjæringstidspunktet” for å beskrive dette skillet. Å unnlate å begjære oppbud forut for skjæringstidspunktet vil være erstatningsrettslig aktsomt, videre drift medfører erstatningsansvar dersom også de øvrige ansvarsvilkårene også er tilstede. Det vil bli undersøkt hvorvidt skjæringstidspunktet faller før, sammen med eller etter insolvenstidspunktet.

Kapitlets andre formål er å påvise vilkår og vurderingsmomenter som kan legges til grunn ved fastsettelsen av skjæringstidspunktet og hvorledes disse vektlegges i ulike rettskilder.

---

<sup>38</sup> Jfr. Rt. 1930 s. 126.

## 6.2 Innledende drøftelse med utgangspunkt i lov

### 6.2.1 Asl. § 6-18 (1) og strl. § 283a

I spørsmålet om når skjæringstidspunktet inntreffer, tas utgangspunkt i ordlyden i asl. § 6-18 (1)<sup>39</sup>.

Begrepet ”konkursbehandling” er i lovregelen valgt for å vise til reglene omkring åpning av konkurs i konkurslovens kapittel VIII<sup>40</sup>. Ihht. kkl. § 60 skal skyldnerens bo tas under konkursbehandling når skyldneren er ”insolvent”. Dette trekker i retning av at styrets plikt til å begjære konkurs inntreffer tidligst når selskapet er insolvent.

Dette lyder nokså selvsagt. Forut for insolvens er selskapet solvent og kreditorene vil få full dekning for sine krav. Spørsmålet blir om det kan finnes unntakstilfeller fra dette.

La oss tenke oss et selskap som drives med tap og man nærmer seg insolvens. Løpende regnskapsrapporter tilkjenner den negative utviklingen, det er heller ingen holdepunkter for at resultatene kan bedres. Kan styret i så fall bli erstatningsrettslig ansvarlig overfor kreditorene for ikke å ha meldt oppbud forut for at insolvens inntreffer?

Svaret må bli nei. Forut for insolvens vil kreditorene fortsatt få full dekning og vil ikke ha noe krav. En konkursbegjæring mens selskapet er solvent skal til og med avvises av tingretten. Konkursvilkårene i kkl. § 60 flg. er ikke oppfylt. En annen side er at styremedlemmene er utsatt for søksmål fra selskapet, eventuelt fra aksjonærene dersom selskapet ikke reiser søksmål. Spørsmålet for styret er ikke om det skal meldes oppbud, men om de skal sørge for en tidlig avvikling og utlodning av den resterende egenkapitalen til eierne.

---

<sup>39</sup> Asl. § 6-18 (1): ”Begjæring om gjeldsforhandling eller konkursbehandling for selskapet kan bare fremsettes av styret”

<sup>40</sup> Jfr. NOU 1992 : 29 s. 155

Rettspraksis støtter en slik forståelse. Verken lovgiver eller domsstolene aksepterer en konkursbegjæring uten at vilkårene for å åpne konkurs er tilstede.

Med dette trekkes den første konklusjonen. Fordi vilkåret i asl. § 6-18 ikke brytes før insolvens inntreffer, plikter heller ikke styret å begjære oppbud forut for dette. Noe erstatningsansvar kan følgelig heller ikke komme på tale.

Men eksempelet aktualiserer et spørsmål om hvilket verdsettelsesprinsipp for selskapets eiendeler styret skal legge til grunn i slike situasjoner. Problemstillingen faller utenfor oppgaven.

Spørsmålet blir så om styret handler erstatningsrettslig uaktsomt overfor kreditorene dersom de ikke begjærer oppbud i det selskapets finansielle stilling endres fra solvens til insolvens. Dvs. et spørsmål om skjæringstidspunktet faller samtidig med, eller kan falle etter insolvenstidspunktet.

La oss først se nærmere på når selskapet i konkursrettslig forstand er insolvent.

Insolvensbegrepet legaldefineres i kkl. § 61, og krever at to vilkår er oppfylt, slik<sup>41</sup>:

- Illikviditet; ved at skyldneren ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående
- Insufisiens; ved at skyldnerens eiendeler og løpende inntekter til sammen antas å ikke ville gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene.

Likviditetsvilkåret er som utgangspunkt oppfylt dersom selskapet ikke betaler ved forfall. Men det gis en utsettelse dersom betalingsudyktigheten er forbigående. Suffisiensvilkåret

---

<sup>41</sup> Uttrykkene likviditet og suffisiens er ikke benyttet i lovens insolvensdefinisjon. De er imidlertid godt innarbeidet i konkursrettslig litteratur og benyttes i nevnte betydning, jfr. Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper (1998), s. 6 (heretter Andenæs)



tilsier at det ikke er nok å legge til grunn at gjelden overstiger eiendelene, slik det vil komme frem i en ren statusbetraktning av selskapet. En må også ta hensyn til de løpende resultatene. Selskapet er ikke insuffisient dersom antatte fremtidige nettoinntekter vil snu en underbalanse til det positive, slik at alle fordringer dekkes.<sup>42</sup>

Så langt gir det god mening i å la skjæringstidspunktet og insolvenstidspunktet inntreffe samtidig. Dette fordi så lenge selskapet er solvent er det pr. definisjon både suffisient og likvid, slik at samtlige kreditorer vil oppnå dekning for sine krav omkring forfall. Etter dette lider de tap. Diskusjonen av selskapsinteressene i kapittel 3.2.2 og de rettspolitiske hensyn i kapittel 5, viser at styret skal sette kreditorenes interesser foran eiernes i insolvenssituasjoner, hvilket bare bekrefter logikken i å la de to tidspunktene inntreffe samtidig.

Men likviditetsvilkåret aksepterer noen dagers betalingsutsettelse, jfr. ”forbigående betalingsudyktighet”. Dette bekreftes i forarbeidene til konkursloven<sup>43</sup>. Det samme legges til grunn i juridisk litteratur<sup>44</sup>. Dette trekker i retning av at skjæringstidspunktet kan falle noen dager etter insolvenstidspunktet.

Noen dager er kort tid. En snuoperasjon vil erfaringsmessig kreve uker, ofte måneder. I så fall kan det være gode grunner for at styremedlemmene erstatningsrettslig innrømmes noe lenger tid til å forsøke å redde selskapet, enn hva insolvensvilkåret legger til grunn. Dette, selv om prosessen senere viser seg å ikke føre frem. Det vil vanligvis være i kreditorenes interesse å søke en løsning på denne måten, fordi særlig de usikrede kreditorene har en tendens til å komme dårlig ut av en konkursbehandling. Samfunnsmessige hensyn trekker i samme retningen, jfr. behovet for arbeidsplasser.

---

<sup>42</sup> Andenæs s. 6. I økonomisk terminologi tas vanligvis ikke hensyn til fremtidige positive resultater.

<sup>43</sup> NOU 1972 : 20 s. 121, Ot. prp. nr. 50 (1980-81) s. 86 og Inst. O. nr. 56 (1983-84) s. 15 og 16

<sup>44</sup> Andenæs s. 16.

Spørsmålet blir da hvor mye senere det erstatningspliktige skjæringstidspunktet kan tillates å falle etter det konkursrettslige insolvenstidspunktet. Siden verken asl. eller forarbeidene gir noen støtte, må det søkes veiledning i parallelle problemstillinger med tilhørende rettsgrunnlag.

Ved overtredelse av oppbudsplikten står styremedlemmene i fare for ikke bare å pådra seg et erstatningsansvar, men også et straffeansvar, jfr. strl. § 283 a. Straffebudet har følgende ordlyd:

Den som ikke begjærer åpning av gjeldsforhandling eller konkurs til tross for at han bør innse at han ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshaverne, straffes med bøter eller fengsel i inntil 2 år dersom

- 1) denne unnlatelsen har til følge at det ikke kan foretas omstøtelse av disposisjoner eller tvangsforretninger som han bør innse innebærer en betydelig svekkelse av fordringshavernes utsikt til å få dekning, eller
- 2) han bør innse at den næringsvirksomhet som han eier eller bestyrer, alene eller sammen med andre, klart går med tap, og at fordringshaverne ikke vil kunne tilfredsstilles innen rimelig tid.

Dette gjelder likevel ikke når skyldneren har opptrådt i forståelse med fordringshavere som representerer en vesentlig del av fordringsmassen med hensyn til både beløp og antall.

Ordlyden forutsetter innledningsvis at selskapet er insolvent, jfr. ”innse at han ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshaverne”. Dette betyr at straffeansvar tidligst vil kunne inntre pr. insolvenstidspunktet.

Ihht. alt. 2 forutsettes videre at selskapet ”klart går med tap”. Ordlyden krever for det første at driften viser negative nettoresultater når insolvensen inntreffer, jfr. ”går med tap”. Videre kan ikke tapet være minimalt, jfr. ”klart”. Ordlyden gir inntrykk av at det skal en del til før straffeansvar inntreffer. Dette bekreftes av forarbeidene<sup>45</sup>, som fremhever at det er tilfellene hvor en håpløs driftssituasjon ikke bringes til et snarlig opphør slik at kreditorene lider et unødig tap, som rammes strafferettslig.

---

<sup>45</sup> NOU 1972:20 s. 368

Ordlyden i alt. 2 stiller videre som vilkår at ”fordringshaverne ikke vil kunne tilfredsstilles innen rimelig tid”. De samme forarbeidene klargjør at dette må oppfattes som en presisering av vilkåret ovenfor. Alt. 2 vil derfor bare ramme tilfellene hvor selskapet klart går med tap, og hvor en resultatbedring ikke kan gjennomføres slik at fordringshaverne får dekning innen ”rimelig tid”. Tilfellene hvor insolvens har inntruffet, kombinert med en klar negativ resultattrend, vil ikke rammes dersom det samtidig foreligger et begrunnet håp om en snarlig bedring, slik at kreditorene vil få dekning innen rimelig tid.

Avslutningsvis gis unntak dersom oppbud ikke begjæres etter forståelse med kreditorene. Unntaket er ikke relevant i vår drøftelse.

Leses straffebudet i sammenheng, fremgår at det skal langt mer til før straffeansvar inntre enn at selskapet er insolvent.

Spørsmålet blir om modifikasjonene i strafferettslig sammenheng kan overføres til erstatningsretten. Dette vil i så fall bety at skjæringstidspunktet også erstatningsrettslig inntre tilsvarende senere enn insolvenstidspunktet.

Samfunnsmessige hensyn taler for at styret verken under trussel om straff eller erstatning bør tvinges til å melde oppbud for tidlig. Alle forhold tatt i betraktning bør styret gis rimelig tid til å forsøke å redde selskapet etter at insolvens har inntruffet, uten at de skal pådra seg noe erstatningsansvar. Det sterkeste motargumentet er naturligvis hensynet til kreditorene. Det kan stilles spørsmål om en forskyving av skjæringstidspunktet i forhold til insolvensdefinisjonen i kkl. § 60 flg. virkelig vil føre til at man unngår så mange konkurser, slik at de skadelidende blir kreditorene fordi selskapene drives med tap ennå noen tid. Og man kan også spørre om ikke styret langt i forkant av en insolvens allerede har hatt tid nok til å forsøke alternative redningsmuligheter. De svake resultatene og etter hvert en insolvens burde ikke komme overraskende på styret. Asl. regler omkring selskapets finansiering i §§ 3-4 og 3-5 taler for en slik vurdering. Og realiteten er vel at svært mange konkurser i dag innstilles etter kkl. § 135 fordi det ikke finnes midler i boet til videre drift.

Dette burde tilsi at det ikke er mye å vinne på å utsette skjæringstidspunktet for en erstatningssanksjonering tilsvarende som for straffeansvar.

Videre må man ta hensyn til at en straffereaksjon er ment å være en strengere sanksjonering enn erstatning. Den preventive effekten skal være hardere. Dessuten skal erstatning i sitt vesen være gjenopprettende, mens dette ikke legges til grunn i strafferettspleien.

De samme spørsmål og resonnementer reises også i juridisk litteratur.<sup>46</sup> Her vektlegges at dersom styret har konkrete holdepunkter for at den negative trenden kan snus, skal dette kunne legges til grunn og utsette skjæringstidspunktet. I en individuell vurdering antydes at også måneder kan aksepteres.

Jeg aksepterer at Normann Aarums argumenter er relevante, men mener hun legger for liten vekt på at styret har plikt til å holde seg løpende orientert om resultatutviklingen, jfr. asl. § 6-12 (3) og videre § 6-18 (2) og § 6-15 (1). Med et normalfungerende økonomisk rapportsystem burde styret tidlig få signaler om en negativ resultatutvikling, og burde i praksis ha god tid til å både vurdere og iverksette tiltak for å snu resultatene. Hennes drøftelse er fra begynnelsen av 1990 tallet, og kan være tuftet på daværende rettstankegang. Siden den gang har vi fått en ny aksjelov som er mer konkret i sin utforming av styrets plikter til å forebygge insolvens.<sup>47</sup> Videre har rapportsystemene blitt forbedret de siste 10-15 årene og øket mulighetene for å overvåke et selskaps økonomiske utvikling.

### 6.2.2 Foreløpig konklusjon

I spørsmålet om skjæringstidspunktet faller samtidig med eller etter at innsolvens inntreffer, trekker argumentene ovenfor i ulik retning.

---

<sup>46</sup> Normann Aarum s. 500 flg.

<sup>47</sup> De positivrettslige reglene i asl. av 1997, §§ 3-4 og 3-5 kan ha betydning. Det vil føre for langt å drøfte dette i oppgaven.

Det kan synes som om ovennevnte rettskilder vektlegger hensynet til kreditor slik at det i alle fall ikke er noen automatikk i at skjæringstidspunktet skal inntreffe senere enn insolvens.

Men en individuell vurdering hvor konkrete holdepunkter kan føre til en utsettelse har gode grunner for seg. Hvorvidt dette kan hevdes å være gjeldende rett, og i tilfellet hvor lenge skjæringstidspunktet kan utsettes, må så langt stå åpent.

### 6.3 Videre drøftelse med supplering av rettspraksis

I dette kapitlet videreføres drøftelsene i fra kapittel 6.2. Ihht. standard juridisk metode, slik denne vil fremkomme i en dom fra Høyesterett, grupperes ikke de ulike rettskildene i egne avsnitt, men flettes inn i en totaldiskusjon. Jeg velger likevel en oppdeling som her, fordi argumentene jeg skal hente fra rettspraksis forutsetter en til dels omfattende gjengivelse av dommene. En slik gjengivelse inkludert i en juridisk argumentasjonsrekke vil virke kunstig og avledende. Disposisjonsteknisk gir valgte oppsett en bedre oversikt.

#### 6.3.1 Oppsummering av to aktuelle dommer

##### 6.3.1.1 Rt. 1991 s. 119

Saken gjelder spørsmål om erstatningsansvar for styremedlemmer etter asl. (1976) § 15-1 for tap påført et rederi ved at befrakterselskapet AS Normount Africa Line var ute av stand til å innfri et leverandørkrav som hadde sjøpanterett i rederiets skip. Det rettslige vurderingstemaet er spørsmål om det var uaktsomt av styret å pådra selskapet ytterligere forpliktelser (i forbindelse med reise nr. 4) som det pga. selskapets økonomi ville være tvilsomt om kunne dekkes ved forfall.

Befraktningselskapet hadde en anstrengt økonomi, men var ikke insolvent da styret besluttet å gjennomføre reise nr. 4. En av partnerne hadde trukket seg fra prosjektet fordi de anså risikoen for høy. Det budsjetterte resultatet for reise nr. 4 var et underskudd på \$

36', men styret hadde holdepunkter for ytterligere hovedlast og returlast som i så fall ville gi et positivt resultat på denne reisen. Befraktningselskapet var kapitalisert med \$ 361' i lån fra deltakerne, samt en aksjekapital på kr. 150'. Selskapet hadde et underskudd på de første reisene på \$ 248', men dette var ikke i sin helhet kjent for styret da de fattet beslutning om reise nr. 4. Selskapet gjennomførte i alt 7 reiser. Samtlige reiser gikk med tap. Etter den siste var underbalansen (de samlede tapene) på i alt \$ 750'.

Høyesterett kom, i likhet med lagmannsretten, til at uaktsomhet ikke var vist fra styremedlemmenes side. Retten la vekt på følgende forhold:

- Selskapet var ikke insolvent. Etter 3. reise hadde det fortsatt en positiv kapital, senere beregnet til \$ 113'
- Styret hadde et ikke urealistisk håp om at reisen ville gi overskudd
- Styret handlet i tillit til at interessentene ønsket å opprettholde linjen og dekke evt. tap
- Kreditor hadde selv holdepunkter for å vurdere risikoen ved å yte kreditt til debitor. Aksjeselskapets kapitalisering var kjent gjennom offentlige kilder
- Kreditor ble ansett som en profesjonell aktør som burde kjenne til kravets utsatte posisjon dersom konkurrerende kreditorer tok arrest ihht. sjøpantereglene i USA.

Ved drøftelsen av om styret på en erstatningsbetingende måte ikke hadde tatt nok hensyn til kreditor, uttaler førstevoterende på s. 127:

” Vel kan man kanskje si at styremedlemmene handlet ut fra en noe høy grad av optimisme. Det må likevel sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon. Jeg viser i denne forbindelse til det Bernard Gomard<sup>48</sup> uttaler på side 321 i tilknytning til de uttalelser jeg tidligere har referert.”

Og videre på samme side siteres følgende fra Gomard:

---

<sup>48</sup> Bernard Gomard. Aktieselskaber og Anpartsselskaber, København 1986

”En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes, og ledelser i denne situation er blevet frifundet, også i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk.”

Etter dette fortsetter Høyesterett:

”I vår sak kan jeg ikke se at Høyesterett har grunnlag for å betegne som urealistisk styrets håp om at man ved befraktningen skulle lykkes å snu utviklingen, eller i alle fall ikke lide noe større tap enn Normount kunne bære. Noen uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning kan jeg ikke se foreligger.”

#### 6.3.1.2 Frostating lagmannsrett. Dom 6. desember 2004

Styrets leder i Devold Tekstil AS, Knut Trygve Flakk, ble saksøkt av selskapets konkursbo for driftstap pga. manglende oppbud (asl. § 6-18) og brudd på aksjelovens bestemmelser om forsvarlig egenkapital (asl. §§ 3-4 og 3-5). Lagmannsrettens flertall kom til at styrelederen ikke hadde handlet uaktsomt.

Selskapet gikk med betydelige underskudd gjennom flere år og mottok tilsvarende konsernbidrag fra eierselskapet. Styret vedtok høsten 2001 en handlingsplan for å bedre resultatene, herunder å utrede overføring av produksjonen til Litauen. I forbindelse med en fusjon i 2001 ble det besluttet å innføre et nytt regnskapssystem. Implementeringen viste seg vanskeligere enn forutsatt, samtidig som regnskapssjefen sa opp. Dette bevirket at regnskapsfunksjonen lå nede, slik at det ikke var mulig å få ut en korrekt oversikt over den økonomiske utviklingen i selskapet. Tallene som likevel ble fremlagt viste negativ utvikling i forhold til budsjett gjennom høsten 2001. I mars året etter ble utkast til årregnskap behandlet av styret. Her fremkom et for selskapet betydelig driftsunderskudd. Videre ble selskapets dårlige likviditet diskutert. Styret besluttet å pålegge administrasjonen å klarlegge selskapets likviditetsbehov samt å be revisor foreta en avviksanalyse mot budsjett for å sikre at man hadde korrekte regnskapstall. Styret og hovedaksjonæren fikk orientering om avviksanalysen i april og om resultatet for 1. kvartal 2002 sammen med de endelige regnskapstallene for 2001 i slutten av mai. Styrets leder

utarbeidet så et forslag til finansieringsplan som ble behandlet i styremøte 5. juni 1992. Styrets flertall mente forslaget var utilstrekkelig til å sikre selskapet økonomisk handlefrihet over tid. Forslaget ble derfor forkastet. Styret vedtok da umiddelbar betalingsstans og påla selskapet å oppta forhandlinger med selskapets kreditorer om en frivillig gjeldssanering. Gjeldsforhandlingene førte ikke frem. Selskapet begjærte oppbud og det ble åpnet konkurs 2. juli 2002.

Borevisors rapport konkluderer med at selskapet var insolvent senest i slutten av februar 2002. Med bakgrunn i denne rapporten reiste konkursboet søksmål mot styreformannen med krav om erstatning for hele det påløpte driftsunderskuddet fra styrets møtedato 12. mars og ut mai måned, beløpsfestet til kr. 500’

Lagmannsretten gir innledningsvis noen bemerkninger til uaktsomhetsvurderingen etter asl. § 17–1. Retten viser til høyesterettssaken omhandlet foran, Rt. 1991 s. 119, og siterer samme uttalelse fra professor Gomard. Når det gjelder brudd på asl.’s bestemmelser om forsvarlig finansiering, vises til forarbeidene<sup>49</sup>, og ihht til denne fastslår retten at reglene er tatt inn i asl. av 1997 med det formål å gjøre det enklere å vinne frem med erstatningskrav.

I ansvarsvurderingen tar lagmannsrettens flertall utgangspunkt i bedriftens situasjon pr. årsskiftet 2001/2002. På dette tidspunkt arbeidet både styret og administrasjonen under en langsiktig og, etter rettens mening, realistisk forutsetning om videre drift. Under denne forutsetning ble det lagt til grunn at selskapets kapitalsituasjon da var tilfredsstillende. Retten vurderer videre problemene omkring selskapets manglende resultatrapportering.

---

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-97), side 51. Retten siterer følgende: ”...som nevnt vil en sterkere betoning av selskapets plikter med hensyn til egenkapitalens størrelse trolig bidra til å gjøre det enklere å vinne frem med erstatningskrav. Dette er etter departementets syn ønskelig. Departementet er ikke redd for at bestemmelsen vil føre for langt i så måte. For at ansvar skal være aktuelt, må egenkapitalen rent faktisk være uforsvarlig lav, og i tillegg må ledelsens vurdering av situasjonen anses uaktsom. De usikkerhetsfaktorer som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om kapitalen er forsvarlig, tilsier at ledelsen får et visst spillerom og at ansvar bare fastsettes i noe grovere tilfeller.”



Retten påpeker at styret har en klar plikt til å holde seg orientert om utviklingen og følge opp med tiltak. Retten finner at styrets plikter i så måte er fulgt opp og finner ikke å kunne klandre verken styret eller styrets leder for passivitet på dette punkt.

Lagmannsrettens flertall behandler så utviklingen i selskapet fra nytt år 2002. Retten legger til grunn at de fremlagte og behandlede budsjetter på styremøtet i januar 2002 (som munnet ut i et antatt årsresultat med overskudd på kr. 5,5 mill. og en nødvendig kapitaltilførsel på kr. 16,6 mill.), var tross sin omtrentlighet godt nok grunnlag for å kunne forutsette videre drift. Retten finner styrets forutsetninger for likviditetstilførsel som realistiske og gir godt nok grunnlag for videre drift også i forbindelse med styremøtet i mars og i styreleders finansieringsforslag til møtet i juni. Retten bemerker at selv om borevisors rapport konkluderer med at likviditeten var brukt opp pr. månedsskiftet februar/mars 2002, ville en likviditetstilførsel i tråd med de ulike budsjettene ha dekket likviditetsbehovet. Dersom styreleders forslag til møtet 4. juni var blitt vedtatt ville likviditetsunderskuddet vært av forbigående karakter. Flertallet kan videre ikke se at det er kritikkverdig at styreleder ikke sørget for at likviditetspakken ikke ble realitetsbehandlet på et tidligere tidspunkt, noe som kunne begrunnet et erstatningsansvar. Problemene med regnskapsrapportering og avdekking av manglende bilagsrapportering tilsa behov for å avvente, slik at man kunne føle seg trygg på tallmaterialet.

Flertallet behandler så egenkapitalutviklingen i selskapet og spørsmålet om styreleders handleplikt i forhold til kravet om forsvarlig egenkapital. Basert på borevisors rapport legger flertallet til grunn en negativ utvikling i 2002, slik at selskapets positive egenkapital ved årsskiftet 2001/2002 på om lag kr. 8,5 mill., var brukt pr. utgangen av mai 2002. Gjennom styrets handlemåte og forutsetninger om videre drift basert på handlingsplaner under bearbeidelse for senere vedtak og iverksettelse, finner ikke lagmannsretten at styrets plikter etter aksjelovens § 3 – 4 og § 3 – 5 er brutt.

Avslutningsvis bemerker retten at den ikke er enig i bostyrets påstand om overvurdering av selskapets eiendeler. De finner at aktivapostenes verdsettelse ga et tilfredsstillende bilde av

eiendelenes verdi, forutsatt videre drift, og antyder at uenigheten om verdsettelse avhenger av om man legger en "going-concern" eller realisasjonsverdi til grunn.

Mindretallet, de to meddommerne, kom til motsatt resultat og ville idømt erstatningsansvar. De la vekt på at styrets leder forholdt seg passiv til økende regnskapsmessige underskudd høsten 2001 og frem til styremøtet 12. mars 2002, da den pressede likviditetssituasjonen var prekær. Budsjettene vedtatt i januar var videre for optimistiske og mangelfulle i det de ikke tok hensyn til underskuddet gjennom 2001. Dette medfører at mindretallet etter en samlet vurdering kom til at styrets leder ikke ivaretok plikten til å sørge for en forsvarlig egenkapital, hvilket er klanderverdig og førte til at kreditorenes interesser ble tilsidesatt.

### 6.3.2 Når inntreer skjæringstidspunktet?

Høyesteretts behandling av uaktsomhetsspørsmålet i Rt. 1991 s. 119 finner sted med utgangspunkt i debtors økonomiske status forut for reise nr. 4. Insolvens har da ennå ikke inntruffet. En kan følgelig hevde at dommen ikke er relevant i diskusjonen om skjæringstidspunktet faller samtidig med eller senere enn når insolvens inntreffer.

Jeg mener likevel dommen er relevant fordi Gomards uttalelser er generelle og til en viss grad prinsipielle. Ut fra sammenhengen synes de å passe like godt på styrets handlemåte under insolvens, jfr. "...berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs".

Gjennom sitatene fra Gomard kan Høyesteretts uttalelse oppfattes dit hen at skjæringstidspunktet kan tillates å inntreffe senere enn insolvenstidspunktet, jfr. ovennevnte sitat og videre i klartekst: "...og ledelser i denne situation er blevet frifundet...". Det er vanskelig å tolke Høyesterett annerledes enn at selskapets ledelse, hvilket i insolvenssituasjoner vil være myntet først og fremst på styret, skal gis anledning til å forsøke alle midler for å for å snu resultatene til det positive og derav unngå betalingsstans og konkurs.

Samme utgangspunkt for ansvarsvurderingen tar Frostating lagmannsrett, jfr. dommens referanse til Rt. 1991 s. 119, samt at lagmannsretten i tillegg siterer samme avsnitt fra Gomard.

Ut fra diskusjonene i kapittel 6.2 og ovenfor trekkes neste konklusjon. Skjæringstidspunktet kan inntreffe senere enn insolvens.

Spørsmålet er videre når skjæringstidspunktet inntreffer. Dvs. hvor lenge kan styret i tid fortsette en tapsbringende drift for kreditorenes regning uten å komme i erstatningsansvar?

Gomard legger til grunn at driften kan fortsette så lenge det er håp om en positiv løsning, selv om håpet kan karakteriseres som spinkelt. Dette må oppfattes som et romslig tidsintervall, uten at tiden er nærmere kvantifisert. Høyesterett diskuterer ikke selve tidsintervallet i Rt. 1991 s. 119, slik at jeg verken kan finne støtte eller noen korrigering av Gomards syn i denne rettskilden.

Diskusjonen av de rettspolitiske hensynene i kapittel 5 legger til grunn et mer nøkternt syn. Et håp om en positiv løsning, slik Gomard uttrykker, må ikke tøyes for langt.

I Frostating lagmannsretts dom 10. august 1990 fremhevet retten at styret måtte gis ”rimelig tid” til å foreta nødvendige overveielser mv. Juridisk teori anvender bl.a. denne dommen for å antyde at en utsettelse på noen måneder kan være akseptabelt.<sup>50</sup> Det fremheves også at det bør være rom for en generell optimisme, hvilket også er en mer nøktern formulering enn hos Gomard.

I dommen fra Frostating referert i kapittel 7.3.1.2 ovenfor, kom retten frem til at det var aktsomt med videre drift i perioden mellom styremøtet 12. mars og oppbud den 2. juli.

---

<sup>50</sup> Normann Aarum s. 500

Dette er snaue fire måneder. Det kan følgelig synes som om et tidsintervall på inntil fire måneder kan forsvares ved henvisning til rettspraksis.

Men en slik konklusjon kan være forhastet. Tidsintervallets startpunkt må analyseres nærmere. Retten tok stilling til et startpunkt ihht. styrets møtedato den 12. mars. Dette fordi konkursboet i sin erstatningspåstand tok utgangspunkt i styremøtedatoen. Men borevisor kom frem til at insolvens inntraff i slutten av februar. Det er følgelig dette som blir relevant startdato i vår diskusjon om hvor lenge skjæringstidspunktet kan falle etter insolvensens inntreden. I så fall må det kunne legges til to-tre uker ekstra, slik at lagmannsretten i realiteten fant at mellom fire og fem måneders drift etter insolvenstidspunktet var akseptabelt.

Fire til fem måneder er lang tid, og et lengre tidsintervall enn jeg mener å kunne slutte av ovennevnte rettskilder, kanskje med unntak av Gomards syn. Spørsmålet blir da om Frostating lagmannsretts dom må oppfattes som gjeldende rett, slik at fire til fem måneders drift kan aksepteres før uaktsomhet inntreffer, eller om det foreligger omstendigheter i denne lagmannsrettsaken som rettferdiggjør og befester et slikt resultat som et unntak.

Som omtalt ovenfor skal domstolene alltid foreta en individuell vurdering i den enkelte sak. Tidsrommet vi diskuterer må følgelig avhenge av omstendighetene. En utsettelse av oppbudsplikten må ha grunnlag i konkrete forhold. I dette er rettskildene samstemte.

Et individuelt forhold i foreliggende sak er de mangelfulle regnskapene som forelå til styremøtet 12. mars. Til styremøtet var verken utarbeidet utkast til årsregnskap for 2001 eller noe perioderegnskap for årets to første måneder av 2002, med et tallgrunnlag styret fant tilfredsstillende. Derfor ble revisor engasjert til å bl.a. verifisere avvikene mot budsjett. Tilfredsstillende tallmateriale forelå i sin helhet først i slutten av mai. Etter dette handlet styret raskt. Når det kort tid etter ble klarlagt at eierne ikke ville stille til rådighet tilstrekkelig kapital og garantier til at selskapet kunne få en sunn finansiering, meldte styret oppbud.

Styret begjærte altså oppbud kort tid etter at de hadde sikker informasjon om insolvensens inntreden og at selskapet for øvrig ikke var til å redde. Etter min mening trekker dette i retning av at foreliggende sak er et unntakstilfelle. Jeg legger da også til grunn at Frostating lagmannsrett behandlet særskilt spørsmålet om styret fulgte opp sine plikter til å holde seg orientert om resultatutviklingen, og at retten ikke fant noe klanderverdig i styrets opptreden.

Et argument som kan tale mot at dette er et unntak, kan være at borevisor konkluderte med at insolvens inntraff allerede i slutten av februar. Og videre at når borevisor kan trekke en slik konklusjon, burde også styret kunne innsett det samme. Men borevisor utarbeider sin beretning til boet etter at selskapet er underlagt konkursbehandling, dvs. etter at alle regnskapsdata foreligger. Informasjonen han kunne bygge på og trekke sine konklusjoner ut fra, forelå ikke for Devold Tekstil AS til styremøtet 12. mars. Dersom en slik innvending i det hele tatt er relevant, må den i alle fall tillegges liten vekt.

Ut fra drøftelsene i kapitlene ovenfor, mener jeg å kunne oppsummere den tidsmessige angivelsen av skjæringstidspunktet slik:

1. Skjæringstidspunktet vil som utgangspunkt falle sammen med insolvenstidspunktet
2. Dersom nærmere vilkår er oppfylt, kan styret sannsynligvis utsette en oppbudsbegjæring i noen få måneder uten å opptre erstatningsrettslig uaktsomt
3. Unntaksvis kan det dessuten forekomme tilfeller hvor skjæringstidspunktet kan tillates å inntre senere.

### 6.3.3 Vilkår for utsettelse av skjæringstidspunktet

I oppsummeringens punkt 2 og 3 ovenfor antas at skjæringstidspunktet kan falle senere enn insolvenstidspunktet dersom nærmere vilkår er oppfylt. Dette på grunnlag av at det

fremkommer slike vilkår i den tidsspesifikke drøftelsen i kapitlene foran. I inneværende kapittel vil jeg søke å presisere vilkårene.

I Rt. 1991 s. 119 var debtors økonomiske stilling vanskelig og kreditorene kunne bli påført tap. Høyesterett måtte ta stilling til om det var erstatningsmessig uaktsomt å beslutte gjennomføring av reise nr. 4. Høyesterett formulerte problemstillingen som et spørsmål om det var forretningsmessig forsvarlig å gjennomføre reisen, eller om styrets beslutning kunne sies å være en ”uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning”<sup>51</sup>. Når erstatningsansvar ikke ble idømt var dette fordi retten kom til at vilkåret ikke var oppfylt.

Det er i prinsippet den samme vurderingen Frostating lagmannsrett gjennomfører i sin sak. Når retten skulle ta stilling til om det var aktsomt å ikke beslutte oppbud på styremøtet 12. mars, ble det et spørsmål om det ville være en uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning å fortsette driften.

Av dette kan utledes at grunnvilkåret for å akseptere at skjæringstidspunktet unntaksvis skal kunne inntre senere enn insolvenstidspunktet, er at ”videre drift ikke må være en uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning.”

Men vilkåret er i sin ordlyd uklart og gir liten veiledning om sitt nærmere innhold.

En sammenligning av de to dommene viser at de begge forutsetter at styret arbeider med konkrete handlingsalternativer. Dette er også en rimelig forutsetning. Skal styret kunne undra seg erstatningsansvar ved å bevisst overtre oppbudsplikten, jfr. asl. § 6-18, skal det foreligge en redningsplan.

Når det gjelder handlingsplanens materielle innhold viser dommene (det selvsagte, nemlig) at planen må ta fatt i selskapets økonomiske status og fremvise tiltak som fører til et

---

<sup>51</sup> Høyesteretts uttalelse er sitert, jfr. kapittel 6.3.1.1.

resultatmessig overskudd som over tid fører til at egenkapitalen blir positiv og kreditorene får dekning for sine krav.

Dommene kan videre gi holdepunkter for slutninger omkring handlingsplanens realisme, hvilket vedrører tiltakenes godhet, eller planens sannsynlighet for å lykkes.

Rettskildene trekker i ulik retning i dette spørsmålet. Gomard mener at nivået ikke kan legges høyt, jfr. utsagnet ” også i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk.” De andre rettskildene er mer nøkterne, jfr. kommentarene i kapittel 6.3.3 ovenfor. I samme retning trekker mindretallets syn i saken for Frostating lagmannsrett. De la til grunn manglende realisme i styrets handlingsplan som ett av flere grunnlag for sitt votum. Mindretallets syn er interessant fordi også flertallets syn (som frikjente styret fra å måtte yte erstatning) kan tolkes å være mer nøkternt enn Gomard i sin angivelse av realismen i handlingsplanens forutsetninger. I så måte kan mindretallets syn i en lagmannsrettssak tillegges vekt. Vekten kan endog økes noe fordi mindretallet utgjorde to av lagmannsrettens fem medlemmer.

Av dette finner jeg å kunne slutte at handlingsplanens forutsetninger må inneholde en høyere grad av sannsynlighet for å lykkes enn i Gomars angivelse. Det kan ikke være nok at forutsetningene kan karakteriseres som ”spinkle, men ikke helt urealistiske”. En mer presis konklusjon finner jeg ikke holdepunkter for.

## **7 Styrets erstatningsansvar ved forfordeling av kreditorer**

### **7.1 Innledning**

Styrets medlemmer kan bli erstatningsrettslig ansvarlig ved uaktsom forfordeling av kreditorer. Slik forfordeling finner sted når selskapet honorerer enkelte kreditorer helt eller delvis, til tross for at tillitsmannen burde forstå at muligheten for tilsvarende dekning for de

resterende fordringshaverne med det reduseres. I rettspraksis ser vi at forholdet også benevnes kreditorbegunstigelse<sup>52</sup>. Dette finner sted mens selskapet er insolvent. De gjenværende kreditorene blir skadelidende ved at de henvises til dividende fra konkursboet, eller ikke får dekning ved at selskapet avvikles uten konkursbehandling.

Forfordeling av kreditorer må ikke forveksles med innfrielse av fordring med påfølgende utsettelse av oppbudsplikten, slik at omstøtelse ikke kan finne sted innenfor fristene i dekningslovens regler. Dette vil være selvstendige regelbrudd, og må behandles deretter.

Gode grunner taler for at ikke all forfordeling bør være erstatningspliktig. Når selskapets økonomi er vaklende, plikter styret å iverksette tiltak for å bedre resultatene (alternativt avvikle før tapet blir større, jfr. oppbudsplikten). Samtlige kreditorer kan begjære konkurs, uansett fordringens størrelse. Mange hensyn taler for at løpende småutgifter som kan velte en restrukturering og hindre konkurs, bør kunne honoreres uten at dette medfører erstatningsplikt, selv om det senere skulle vise seg at prosessen var forgjeves. Det rettslig interessante, og kapitlets hovedspørsmål, er å konkretisere den ulovfestede regelen som pålegger styret å unngå kreditorbegunstigelse og dernest finne holdepunkter for hvor stor andel av fordringene som kan innfris før erstatningsplikt inntreffer.

## 7.2 Rettslig grunnlag for erstatningsplikt ved kreditorbegunstigelse

I kapittel 3.2.3 ble påvist at ved forfordeling av kreditorer, vil asl. § 17-1 kunne påberopes som rettslig grunnlag. Men denne grunnhjemmelen må suppleres med et nærmere presisert ansvarsgrunnlag.

Aksjeloven har ingen særskilt hjemmel som medfører pliktbrudd for styret dersom selskapet forfordeler sine kreditorer. Men forfordeling påfører enkelte kreditorer et tap, et pliktbrudd som rammes av ulovfestede prinsipper om uaktsomhetsansvar.

---

<sup>52</sup> Rt. 1985 s. 779



Domstolene viser derfor til asl. § 17-1 som grunnhjemmelen når erstatningsansvar idømmes, med uaktsom forfordeling som tilleggsgrunnlag. Dette var tilfellet i RG 1955 s. 747 Eidsivating<sup>53</sup> og i kjennelse av Eidsivating lagmannsrett den 7. juni 1999.

I juridisk teori hevdes at når styret utøver en erstatningsbetingende kreditorbegunstigelse, vil tilfellet samtidig indirekte rammes av aksjelovens regler om oppbudsplikt.<sup>54</sup> Selv om det ikke fremkommer entydig, forstår jeg Normann Aarum dit hen at hun av dette mener at reglene henger så nøye sammen, at aksjelovens regler om oppbudsplikt kan påberopes som hjemmelsgrunnlag når styret har forfordelt sine kreditorer på en erstatningsbetingende måte.<sup>55</sup> Sammenhengen i reglene fremkommer ved at styrets ansvar ved forfordeling av kreditorer forutsetter at styret har plikt til å begjære oppbud. Styrets plikt til å behandle alle kreditorer likt og samtidig sørge for full innfrielse, er ikke mulig å oppfylle når det ikke er tilstrekkelige midler til dette. Dersom styret istedenfor innfrir enkelte fordringer og andre ikke, kan dette være erstatningsbetingende. Dersom styret foretar en partiell innfrielse av samtlige kreditorer, vil enkelte kreditorer bli misfornøyd og begjære konkurs (eller samtlige aksepterer, men da er i realiteten en akkord gjennomført, hvilket faller utenfor oppgavens problemstilling). Dersom ingen kreditor får innfrielse, og styret på denne måten ikke gjennomfører noen forfordeling, vil en eller flere kreditorer før eller senere begjære selskapet konkurs. Styret har altså i realiteten ikke noe valg. Eneste utveien for styret til å holde kreditorene fra livet og unngå ansvar er derfor å melde oppbud.

Juridisk teori trekker følgelig i retning av at asl. § 6-18 kan påberopes som hjemmelsgrunnlag ved kreditorbegunstigelse (sammen med asl. § 17-1). Men ordlyden i asl. § 6-18 kan ikke sies å støtte dette. Ordlyden er positivrettslig utformet mhp.

---

<sup>53</sup> To styremedlemmer ble holdt erstatningsansvarlige overfor selskapets konkursbo for å ha gitt en uprioritert kreditor dekning etter at selskapet var insolvent.

<sup>54</sup> Normann Aarum s. 518 flg.

<sup>55</sup> Jfr. utsagnet på s. 518: "Plikten til å sørge for at ingen får dekning fullt ut på bekostning av de øvrige kreditorene når selskapet er insolvent, må nok sies å utvide oppbudsplikten i forhold til hva som er fastsatt i strl. § 283a"

oppbudsplikten alene. Det kan derfor rettes innvendinger mot en så utvidende fortolkning av ordlyden, at også kreditorbegunstigelse vil medføre et pliktbrudd etter asl. § 6-18. Dette, selv om hensynet til å ivareta kreditorenes interesser ligger til grunn i begge tilfellene, og ovennevnte utledning viser en klar sammenheng mellom tilfellene.

Forarbeidene til aksjeloven av 1997 omhandler ikke problemstillingen og gir følgelig ikke støtte for noen av synspunktene.

Rettspraksis gir støtte for synspunktet fremmet i juridisk teori. Et eksempel er Eidsivating lagmannsretts kjennelse 6. juni 1999.<sup>56</sup> Mye trekker derfor i retning av at brudd på oppbudsplikten kan påberopes som rettslig grunnlag ved søksmål basert på uaktsom forfordeling av kreditorer. Jeg vil derfor konkludere med det samme, men vil også legge til at problemstillingen kanskje er av akademisk karakter. Strekker ikke asl. § 6-18 til som rettslig grunnlag, vil man alltid kunne falle tilbake på ulovfestede erstatningsrettslige grunnprinsipper. Kreditorbegunstigelse kan uansett medføre et erstatningsansvar for styrets medlemmer.

At forfordeling av kreditorer kan medføre et erstatningsrettslig pliktbrudd, kan også utledes av strl. § 284.<sup>57</sup> Aksepteres at det til straffeansvaret korresponderer et tilsvarende erstatningsansvar, vil dette være et tilstrekkelig rettslig grunnlag.

Selv om straffebudet først og fremst skal virke preventivt, og erstatningsnormen også skal være gjenopprettende, er det få grunner til at ikke forfordeling av kreditorer også skal kunne medføre erstatningsplikt. Tillitsmannen har uaktsomt påført enkelte kreditorer et

---

<sup>56</sup> Eidsivating lagmannsrett, kjennelse av 6. juni 1999, side 8 av 9. Styreformannen ble dømt til å betale erstatning til selskapets konkursbo på grunnlag av uaktsom forfordeling av kreditorer. Kjennelsen legger til grunn brudd på oppbudsplikten som rettslig grunnlag og knytter forfordelingen opp mot dette.

<sup>57</sup> Strl § 284 har følgende ordlyd: "Med bøter eller fengsel i inntil 2 år straffes en skyldner som gir noen fordringshaver fyldestgjørelse eller sikkerhet, skjønt han bør innse at han ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshaverne, og at utsikten for dem til å få dekning blir betydelig forringet."

tap, og bør ta konsekvensene av dette både erstatnings- og strafferettslig. Juridisk litteratur finner også en slik forbindelse.<sup>58</sup> Dette støttes av rettspraksis, jfr. strafferettssakene som refereres nedenfor.

Det burde ikke være tvilsomt at det foreligger en forbindelse mellom de to uaktsomhetsgrunnlagene, slik at et erstatningsansvar også kan grunnis ut fra strl. § 284.

### 7.3 Presisering av den erstatningsrettslige pliktregelen

Så lenge det ikke foreligger noen erstatningsrettslig lovhjemmel som forplikter styret til å forhindre uaktsom forfordeling av kreditorer, vil vi måtte søke en nærmere presisering av den ulovfestede rettsregelen i andre rettskilder. Ovennevnte strafferettshjemmel er et nærliggende utgangspunkt.

Ordlyden i strl. § 284 både rammer og begrunner uaktsomhet i strafferettslig og erstatningsrettslig forstand, jfr.

”...straffes en skyldner som gir noen fordringshaver fyldestgjørelse eller sikkerhet, skjønt han bør innse at han ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshaverne”.

Kreditorene skal vernes.

Men ikke all forfordeling rammes strafferettslig. De øvrige kreditorenes dekningsmulighet må bli ”betydelig forringet”. Dette innebærer at i alle fall småposter kan gjøres opp uten at det medfører noe straffeansvar. Hensynet bak reservasjonen er at debitor i en restruktureringsprosess skal kunne konsentrere seg om å få til en ordning med de store kreditorene, og at en ellers heldig prosess ikke skal stoppe opp fordi styret kan komme i straffeansvar ved å unnlate å innfri utålmodige småkreditorer.<sup>59</sup> Strafferettsregelen er ment å ramme de håpløse tilfellene, der hvor kreditorene lider tap fordi en snuoperasjon åpenbart

---

<sup>58</sup> Normann Aarum s. 518

<sup>59</sup> Johs. Andenæs, Formuesforbrytelsene, (1992) s. 176.

ikke kan føre frem, eller der hvor tiltak overhodet ikke er besluttet.<sup>60</sup> Hensynene bak en erstatningsrettslig uaktsomhetsregel er de samme, med vekt på at det heller ikke bør utløse noe erstatningsansvar om prosessen blir mislykket. Følgelig bør en reservasjon som innebærer at ikke all forfordeling er uaktsom, kunne overføres til erstatningsretten, hvilket jeg konkluderer med innledningsvis.

Det videre spørsmålet blir om ordlyden ”betydelig forringet” angir nivået for å konstatere uaktsomhet også i erstatningssammenheng.

Terskelen for å idømme straffeansvar er høyere enn for å konstatere erstatningsansvar, jfr. kravet om sannsynlighetsovervekt i erstatningsforhold og ”utenfor enhver rimelig tvil” i straffesammenheng. Dette innebærer at det skal mindre til før en blir erstatningsrettslig ansvarlig. Hvor mye mindre behandles senere.

Jeg går nå over til å presisere det rettslige vurderingstemaet. Straffebudets ordlyd ”betydelig forringelse” gir noe veiledning. Ordlyden leder hen på betalingens størrelse. Det vil være naturlig å se på den absolutte størrelse av den/de innfridde fordringene, og også deres størrelse i forhold til den totale gjeldsbyrde.

Av strafferettspraksis som utdyper vurderingstemaet er det naturlig å trekke frem Rt. 1987 s. 526. Her uttaler førstevoterende at:

”...Jeg kan ikke se annet enn at i et tilfelle som det foreliggende, hvor det er betalt et meget stort antall fordringer, var riktig, som herredsretten tydeligvis har gjort, å vurdere vilkårene etter straffelovens § 284 i forhold til de samlede utbetalinger.”

Følgelig kan innfrielse av flere fordringer sees sammen; hvert tilfelle må ikke alene vurderes i forhold til betydelighetskriteriet.

I Rt. 1982 s. 1277 legger Høyesterett følgende til grunn:

---

<sup>60</sup> Normann Aarum s. 519

”...Spørsmålet om hvorvidt dekningsmulighetene er ”betydelig forringet” må vurderes i forhold til de samlede fordringer, dvs. i forhold til summen av både prioriterte og uprioriterte fordringer.” Og videre: ”Jeg er først enig med byretten i at det ikke kan være et straffbarhetsvilkår etter § 284 at samtlige fordringshavere får sine dekningsmuligheter betydelig forringet. Men i motsetning til byretten kan jeg ikke finne at forholdsmessigheten mellom de foretatte utbetalinger og de prioriterte fordringer uten videre er avgjørende. Det må her foretas en mer sammensatt vurdering, hvor blant annet også selve størrelsen av de foretatte utbetalinger vil være av betydning. Og hvis en skyldner utbetaler det alt vesentlige av sine midler og derved begunstiger enkelte av sine kreditorer, kan også dette være av betydning.”

Ved avgjørelsen kan også forholdsmessighet legges til grunn. En kan se de forfordelte utbetalinger i forhold til de totale fordringer (dvs. total gjeldsbyrde). Dessuten åpnes for en sammensatt vurdering, hvor flere forhold kan sees sammen.

I Rt. 1985 s. 779 uttales:

”...Både absolutt sett - jfr. uttalelser i Rt. 1982 side 1277 – og i forhold til den påviste underbalanse representerer dette beløp en slik forfordeling som § 284 stiller krav om.”

Her åpnes for å vurdere de forfordelte beløp i forhold til den totale underbalansen, dvs. differansen mellom gjeld og eiendeler.

En oppsummering av ovennevnte viser at i strafferettslig sammenheng åpner Høyesterett for at flere mulige forholdstall kan anvendes for å klarlegge innholdet i det rettslige vurderingstemaet ”betydelig forringelse”. Ved siden av å fastslå at det ikke er nødvendig at samtlige fordringshavere får sine dekningsmuligheter forringet, kan de ulike vurderingsmomentene beskrives slik:

- Utbetalinger til uprioriterte fordringshavere enkeltvis og i sum
- Utbetalinger til prioriterte og uprioriterte fordringshavere samlet
- Utbetalinger i forhold til selskapets totale gjeld forut for konkursåpning
- Utbetalinger i forhold til den påviste underbalanse

Jeg kan ikke finne grunner til at ikke de samme momentene skal kunne anvendes ved vurdering av uaktsomhet i erstatningsforhold. Ei heller har jeg funnet noen Høyesteretts- eller lagmannsrettsdommer fra erstatningsretten, som bekrefter eller avkrefter dette.

Jeg har videre heller ikke funnet noen erstatningsrettslige dommer fra våre to øverste rettsinstanser som kan supplere eller på annen måte kvalifisere momentene. I en kjennelse av Eidsivating lagmannsrett den 7. juni 1999, går ikke retten nærmere inn på momentene enn å konstatere erstatningsansvar, slik:

”Det er etter lagmannsrettens oppfatning ikke tvil om at disse utbetalinger har medført en forfordeling av kreditorene og at Suzuki måtte forstå dette.”

Juridisk teori behandler de samme forholdene som ovenfor, og gir heller ingen ytterligere veiledning.<sup>61</sup>

I sum trekker dette i retning av at de samme momentene kan legges til grunn ved vurdering av innholdet i begrepet ”betydelig forringet” også i erstatningsrettslig sammenheng. Men momentlisten er neppe uttømmende. Det forhold at Høyesterett har kvalifisert momentene gjennom ulike strafferettssaker, taler for at dette kan ytterligere utvikles i kommende strafferettssaker. Og det er fortsatt ingen argumenter som taler mot at også dette kan overføres til erstatningsretten.

Jeg vil derfor konkludere med at ovennevnte momenter kan anvendes for å finne den nærmere grensen for uaktsomhet i erstatningsrettslig sammenheng. Momentlisten er ikke uttømmende.

---

<sup>61</sup> Normann Aarum s. 517 flg.

## 7.4 Når inntreffer erstatningsrettslig uaktsomhet ved forfordeling av kreditorer

### 7.4.1 Innledning

Istedenfor å gjengi de samme strafferettsdommene og den ene erstatningsrettslige dommen som omtales i kapittel 7.3, har jeg trukket ut de økonomiske dataene og satt dem opp i tabellform. Tabellen fremkommer som vedlegg på neste side. Den er bygget opp omkring de samme vurderingsmomentene som Høyesterett har anvendt i strafferettsdommene.

Jeg vil nå gå gjennom momentene enkeltvis og anvende dommene som grunnlag for eventuelle konklusjoner av hvor grensen for uaktsomhet kan trekkes.

### 7.4.2 Utbetalinger til uprioriterte fordringshavere enkeltvis og i sum

Antall utbetalinger som begunstiget enkelte kreditorer ble trukket frem som ett av flere grunnlag for domfellelse i Rt. 1987 s. 526. Her ble foretatt hele 82 utbetalinger som begunstiget enkelte kreditorer på bekostning av andre. Utbetalingene fant sted gjennom to og et halvt år, hvor selskapet hele tiden var insolvent med stram likviditet.

Både antallet begunstigelser og det lange tidsintervallet dette har pågått, kan benyttes som argumenter for at det er utvist uaktsomhet, endog grov uaktsomhet.

Men dommen gir ikke grunnlag for å slutte at det alltid vil være slik at et stort antall begunstigelser alene vil være nok til at straffebudet overtres. 82 utbetalinger for å holde småkreditorer fra å begjære konkurs kan muligens forsvares strafferettslig dersom utbetalingene i sum ikke påvirker de totale eiendelene nevneverdig, samtidig som det arbeides med en restrukturering av selskapet. Disse innvendingene kunne ikke fremføres i inneværende sak.

Erstatningsrettslig skal det mindre til for å påvise uaktsomhet. I lagmannsrettsaken er foretatt 25 overtredelser over femten måneder. Også dette kan tyde på en systematisk begunstigelse av enkelte kreditorer. Retten kommenterer ikke forholdet eksplisitt, slik at

dommen ikke gir støtte i noen retning i spørsmålet. Jeg kan derfor vanskelig trekke noen slutninger og konkludere.

Når det gjelder summen av enkeltvise utbetalinger, er det bare Rt. 1982 s. 1277 som tilkjenner at dette momentet tillegges betydelig vekt. Men argumentet anvendes ikke alene; det kombineres med at boet på denne måten ble så forringet at boet måtte innstilles etter kkl. § 20. Forholdet er derfor såpass spesielt at jeg ikke finner å kunne trekke holdbare konklusjoner omkring hva som skal til av utbetalinger som moment alene, før ansvar kan påvises.

Ovennevnte rettsavgjørelser kan tyde på at den absolutte tallstørrelsen som fremkommer i enten summen av utbetalinger eller en stor utbetaling alene, kan være nok til å påvise ansvar. Jeg har vanskelig for å dele domsstolenes oppfatning om at dette alene gjør det mulig å ta stilling til straffe- eller erstatningsansvar. Etter min oppfatning er det først når utbetalingene sees i forhold de øvrige kreditorenes gjenværende dekningsmulighet at domstolene kan vurdere graden av bebreidelse. Skaden styret forårsaker de gjenværende kreditorene blir større nå de totale eiendeler forut for innfrielsene er små, enn når eiendelene i utgangspunktet er større. Reduksjonen i dividende er ikke lik. Jeg mener derfor at det kun er relative måltall, som for eksempel de som kommenteres i kapitlene nedenunder, som gir domsstolene grunnlag for å påvise erstatningsansvar.

#### 7.4.3 Utbetalinger til prioriterte og uprioriterte fordringshavere samlet

I Rt. 1982 s. 1277 presiserer Høyesterett at også utbetalinger til prioriterte fordringshavere skal kunne inkluderes i beregningsgrunnlagene. Dette gir også god mening, fordi det kan påvirke boets anledning til å utføre sitt arbeid. I nevnte sak ble boet innstilt etter kkl. § 20.

Presiseringen bør være like relevant i erstatningssøksmål.



#### 7.4.4 Utbetalinger i forhold til selskapets totale gjeld ved konkursåpning

Forholdstallet forteller hvor stor andel av kreditormassen som ble begunstiget med innfrielse i perioden fra selskapet ble insolvent til konkurs ble åpnet. Etter mitt skjønn må dette være et svært informativt forholdstall; det trenger inn i kjernen av de interesser som rammes ved begunstigelse av enkelte kreditorer på bekostning av andre. Et høyt forholdstall uttrykker at det ikke bare er småkreditorer som er begunstiget.

Ideelt sett burde alle dommer uttrykke noe om dette forholdet. Men dommene forfattes ikke av personer med kompetanse innen økonomi, hvilket vanskeliggjør senere analyser av sakene. Forutberegnligheten i de ulovfestede normene svekkes også.

Det er bare i Rt. 1987 s. 526 det foreligger tallmateriale som muliggjør en slik beregning. 12% av gjelden ble innfridd i sin helhet, eller kr. 428' av en gjeldsbyrde på kr. 3,6 mill.

Tilsvarende data har jeg ikke fra de øvrige strafferettssakene, slik at sammenligning er umulig.

Kjennelsen i Eidsivating lagmannsrett har for mangelfulle data til at en kan være sikker på at forholdstallet beregnes korrekt. En må også trekke inn rettens verbale kommentarer. En tolkning av dataene, som fremkommer i den tabellariske oversikten, fører til at hele 45 % av gjelden har blitt innfridd ved særlig begunstigelse. Dette er i så fall en viktig indikasjon på at den erstatningsrettslige grensen for uaktsomhet er overskredet.

Sannsynligvis skal det langt mindre til før erstatningsansvar kan påvises.

#### 7.4.5 Utbetalinger i forhold til den påviste underbalanse.

I økonomiske termer er underbalanse det samme som negativ egenkapital, dvs. det negative tallet som fremkommer gjennom differansen mellom eiendeler og gjeld under insolvens.

Forholdstallet sier også noe om hvor klanderverdige utbetalingene er, men ikke så presist som utbetalinger målt mot gjeldsbyrden. Jeg har vanskelig for å knytte noen analyse til den relative underbalansen, utover å registrere at Høyesterett mener forholdstallet er relevant.

Rt. 1985 s. 779 er den saken hvor det gir størst mening i å trekke frem underbalansen som analysegrunnlag. Jeg tolker Høyesteretts utsagn slik at retten legger stor vekt på forholdstallet.<sup>62</sup> I så fall kan det synes som om man strafferettslig handler uaktsomt ved overskridelse av en grense på omkring 20 % (19 % i nærværende sak). I Rt. 1982 s. 1277 var underbalansen 23 %, men her var det sannsynligvis andre faktorer som veide tyngre som grunnlag for domfellelsen.

## 7.5 Konklusjoner

Dommenes mangelfulle beskrivelse av økonomien i de enkelte insolvenssituasjoner svekker konklusjonenes holdbarhet. Den kanskje sikreste konklusjonen kan være at landets dommere trenger øket kompetanse og innsikt i økonomisk teori, samt instruks om å inkludere helt fundamentale økonomiske forhold i beskrivelsen av sakens faktum. Dette vil lette en senere analyse, som igjen kan gi holdepunkter som styrker brukernes forutberegnlighet.

Totale utbetalinger til begunstigelse av enkelte kreditorer, er et dårlig måltall og gir liten informasjon alene. Denne absolutte tallstørrelsen får langt større utsagnskraft når den sees i forhold til noe annet.

Strafferettslig er Rt. 1985 s. 779 et tungt argument for at uaktsomhetsgrensen passerer når omlag 20 % av underbalansen ved konkursåpning er innfridd ved begunstigelse av enkelte

---

<sup>62</sup> Rt. 1985 s. 779 på s. 780:...”Både absolutt sett – jfr. uttalelser i Rt. 1982 side 1277 - og i forhold til den påviste underbalanse representerer dette beløp en slik forfordeling som § 284 stiller krav om.”

kreditorer. Erstatningsrettslig skal det mindre til, dvs. lavere enn 20%. Hvor mye har jeg ikke holdepunkter for.

Det kan hevdes, men med mindre vekt enn ovenfor, at den strafferettslige uaktsomhetsgrensen for utbetalinger i forhold til total gjeld ved konkursåpning passeres ved om lag 10-15 %. Erstatningsrettslig er terskelen lavere, i så fall i underkant av 10 %. Lagmannsrettsaken gir liten støtte. Her ble hele 45 % av gjelden innfridd, hvilket skulle tilsi en klar uaktsomhet, kanskje grov uaktsomhet.

Men en må ikke fortape seg i forholdstall og andre enkeltheter. Retten skal treffe sin beslutning etter en totalvurdering, hvor mange forhold virker sammen.

## **8 Styrets erstatningsansvar når enkeltkreditor lider særtap**

### **8.1 Innledning**

Kapitlet tar for seg søksmål fremmet av enkeltkreditor, når han alene har lidt særtap som følge av påstått uaktsomhet fra styrets medlemmer i forbindelse med kontraheringen.

Dette kan eksempelvis finne sted ved at tillitsmannen inngår en avtale på kreditt, og samtidig fortier at selskapets økonomi er så svak at det er lite sannsynlig at gjelden innfris. Den uaktsomme handlingen består i å unnlate å gjøre oppmerksom på selskapets økonomiske tilstand, slik at medkontrahenten forledes til å yte en kreditt han under normale omstendigheter ikke ville akseptert.

Enkeltkreditor kan påberope ulovfestet erstatningsrett som rettslig grunnlag for påstanden om erstatning.<sup>63</sup> Det rettslig interessante, og dette kapitlets hovedformål, er å konkretisere den ulovfestede erstatningsregelen ved slike særtap, samt finne holdepunkter for når

---

<sup>63</sup> Se kapittel 3.2.3, side 12 avslutningsvis.

tillitsmannen handler uaktsomt. På ett eller annet punkt inntreer en erstatningsbetingende opplysningsplikt for tillitsmennene vedrørende debtors svake økonomiske stilling. Dette punktet, som er objektivt i sin natur, må kunne utledes ved en undersøkelse av rettspraksis og andre rettskilder.

Aksjeselskapet hefter prinsipalt som avtalepart for riktig oppfyllelse av avtalevilkårene. Som vist i kapittel 2 kan styret pådra seg et personlig ansvar på siden av selskapet. Det er viktig å merke seg at ansvaret er et erstatningsansvar som ikke bygger på kontraktsrettslig grunnlag,<sup>64</sup> og heller ikke noe subsidiært avtalerettslig ansvar for selskapets forpliktelser.<sup>65</sup> At tillitsmannens erstatningsansvar ikke er av subsidiær karakter bekreftes også av Høyesterett.<sup>66</sup>

## 8.2 Innledende drøftelse av den erstatningsrettslige pliktregelen

Det er gjennom en avveining av ulike hensyn som støter mot hverandre, man kan komme frem til når en tillitsmann handler uaktsomt i forhold til debtors opplysningsplikt. La oss ta utgangspunkt i forretningslivets hverdag.

Så lenge forretningsvirksomhet består i å innta posisjoner som vedrører fremtiden, vil den i sin natur innebære ulike elementer og grader av risiko. Det vil være ødeleggende for ervervslivet om det å utsette sine medkontrahenter for risiko, automatisk ble ansett for å være erstatningspliktig uaktsomt. Følgelig taler viktige hensyn for at debitor kan utsette kreditor for risiko, endog i betydelig grad. Slik også ved risiko for debtors fremtidige evne til å innfri gjeldsposter.

---

<sup>64</sup> Rt. 1998 s. 276, se side 281

<sup>65</sup> Et sideansvar for selskapets tillitsmenn for forpliktelser stiftet etter et nærmere angitt tidspunkt, ble behandlet i NOU 1992:29, men ble ikke videreført i Ot. prp. nr. 36 (1993-94)

<sup>66</sup> Rt. 1998 s. 276, se side 282

Men for høy risiko kan ikke aksepteres. Ved et punkt vil hensynet til kreditor veie tyngre enn andre hensyn. Dersom avtalen inngås mens debitor er insolvent, er hans økonomi så svak at det skal mye til om han noen gang blir i stand til å honorere sin del av avtalen. I dette tilfellet vil de fleste mene det er rett og rimelig at kreditors tap må erstattes. Så lenge selskapet ikke har midler, må tapet erstattes av tillitsmannen som på selskapets vegne har forledet kreditor.

Det er nettopp disse hensynene domstolene tar utgangspunkt i, når de skal avgjøre om terskelen for erstatningsrettslig uaktsomhet er overskredet. I mangel av støtte i en lovregel, formulerer Hålogaland lagmannsrett<sup>67</sup> vurderingstemaet og uaktsomhetsgrensen slik:

”... kreditor ikke må utsettes for en større tapsrisiko enn man normalt må regne med i forretningslivet”.

Høyesterett omtaler og uttrykker det samme i Rt. 1991 s. 119<sup>68</sup>, men formulerer ikke temaet i samme klartekst som lagmannsretten. Samme utgangspunkt anvendes også av Gulating lagmannsrett i dom 12. april 1994.

Jeg slutter av dette at den ulovfestede uaktsomhetsregelen kan uttrykkes som ovenfor, og at dette vil være et utgangspunkt for nærmere presisering.

### 8.3 Nærmere presisering av uaktsomhetsregelen

I kapitlet drøftes først når den erstatningsbetingede uaktsomheten inntreffer, dvs. om uaktsomhet inntreffer i det debitor blir insolvent, eller noe senere. Deretter undersøkes om det kan utledes noen vilkår for å fastslå uaktsomhet, utover at kreditor må være forledet til å yte en kreditt han normalt ikke vil godta.

Forut for insolvens vil det ikke være uaktsomt av tillitsmannen å medvirke til kontrahering, av samme årsaker som i forbindelse med oppbudsplikten.

---

<sup>67</sup> Hålogaland lagmannsrett, dom 2. desember 1992 side 5 av 7

<sup>68</sup> Rt. 1991 s. 119, se side 126. Dommen er i oppgaven referert i kapittel 6.3.1.1

Spørsmålet blir så om uaktsomhet inntreffer i det selskapet blir insolvent eller senere. Med det knyttes drøftelsen av ansvarets inntreden til insolvenstidspunktet, slik det også gjøres i juridisk litteratur.<sup>69</sup> Aarbakke uttaler følgende:

”Hvis selskapet faktisk er insolvent på kontraktstiden, er saken klar.”

Synspunktet innebærer at uaktsomhet inntreffer i det debitor blir insolvent. Rettspraksis synes nokså entydig å støtte dette. I Rt. 1938 s. 129 ble disponenten i et skipsaksjeselskap idømt erstatningsansvar for utgifter til reparasjon av selskapets skip. Selskapet var insolvent på kontraktstiden. I samme retning trekker Eidsivating lagmannsretts dom av 25. mars 1976. Erstatningsansvar ble også idømt i Rt. 1975 s. 198, hvor selskapets tillitsmenn bestilte varer på kreditt kort tid før selskapet begjærte akkord. I Hålogaland lagmannsretts dom den 2. desember 1994 var selskapet insolvent på kontraktstiden. Selskapets daglige leder, som også var enestyre, ble holdt erstatningsansvarlig for å ha kontrahert på kreditt. Det ble åpnet konkurs fire måneder etter levering. Støtte finner vi også i øvrige dommer med tilsvarende grunnlag, jfr. Gulating lagmannsretts to dommer av hhv. 12. april og 15. november 1994.

Av dette slutter jeg at erstatningsansvar inntreffer i det selskapet blir insolvent.

Verken i dommene henvist til ovenfor, i annen rettspraksis, eller i andre rettskilder, har jeg funnet noen drøftelse av hvorvidt erstatningsansvar unntaksvis kan tenkes å inntreffe noe senere enn i det selskapet blir insolvent. Også i dette spørsmålet vil det være de samme hensynene til kreditor på den ene siden og styrets muligheter for å gjennomføre en redningsaksjon til beste for mange interessenter på den annen, som må avveies mot hverandre. Men hensynet til kreditor må veie noe tyngre i spørsmålet om enkeltkreditors særtap enn ved brudd på oppbudsplikten. Dette fordi særkreditor kan komme til å bære tapet alene, mens tapet fordeles mellom flere kreditorer i spørsmålet om en utsettelse av oppbudsplikten. Pliktbruddet ved særtap medfører en noe alvorligere interessekrenkelse.

---

<sup>69</sup> Se Normann Aarum s. 538. Her vises videre til Aarbakke i Holst mfl. side 34

Selv om Aarbakke ikke drøfter ovennevnte som grunnlag for sin formulering sitert foran, levner han ingen tvil om at han mener det ikke er rom for at ansvarets inntreden kan være senere enn ved insolvens, jfr. ”Hvis selskapet faktisk er insolvent på kontraktstiden, er saken klar.” Noen utsettelse kan det ikke være snakk om. Jeg deler hans oppfatning, og vil konkludere med at gjeldende rett neppe inneholder noe unntak.

Spørsmålet blir så om eneste vilkår for å fastslå ansvar er at kontraheringen finner sted mens kreditor er insolvent, eller om det også foreligger tilleggsvilkår.

Enkelte av dommene henvist til ovenfor, inneholder formuleringer som kan tolkes i retning av at insolvens alene ikke er nok. Etter at innsolvens først har inntruffet, reises spørsmål om det er unnskyldelig at styremedlemmene ikke hadde kunnskap om dette. Dvs. et spørsmål om tillitsmannen forsto eller burde forstått at selskapet var insolvent på kontraheringstiden. I Eidsivating lagmannsretts dom den 25. mars 1976 konstateres først insolvens ved avtaleinngåelsen, og videre at:

”Selskapets ledelse forsto eller burde forstått dette”.

Spørsmålet om det foreligger et slikt vilkår drøftes også i juridisk litteratur. Her pekes på at rettspraksis ikke er entydig.<sup>70</sup> Rt. 1938 s. 129 taler for at det ikke foreligger et slikt vilkår, Rt. 1975 s. 198 kan tolkes begge veier, mens andre dommer konkluderer som ovenfor. Det må videre veie tungt at det foreligger en dom som konstaterer insolvens, men samtidig frikjenner pga. mangelfull kunnskap om insolvensen, jfr. Hålogaland lagmannsrett 9. mars 1990. Tilsvarende vekt må tillegges dommen i Gulating lagmannsrett 13. desember 1990. Den tar utgangspunkt i Rt. 1975 s. 198 og formulerer tilleggsvilkåret slik:

”... det avgjørende er om disse burde ha vært klar over at det ikke foreligger noe begrunnet håp om å unngå ... konkurs”.

---

<sup>70</sup> Normann Aarum s. 538 flg.

Rettspraksis synes å tale for at det foreligger et slikt tilleggsvilkår. En kan i alle fall ikke utelukke at det foreligger.

I sin natur synes vilkåret å vedrøre subjektive forhold ved den uaktsomme handlingen, slik at drøftelsen systematisk vil høre hjemme under de subjektive unnskyldelsesgrunnene. Normann Aarum påpeker det samme, men sier samtidig at i enkelte av dommene drøftes spørsmålet som en del av det objektive vilkåret, dvs. i selve culpavurderingen.<sup>71</sup> Jeg kan ikke se at plasseringen har noen rettslig betydning.

Dersom det eksisterer et tilleggsvilkår om faktisk villfarelse (av at selskapet er insolvent), er det mye som tyder på at vilkåret må ha gjennomgått en innskrenkning de siste ti årene. Dette vil innebære at det skal mer til for et styremedlem å slippe unna ansvar i dag enn for ti år siden. Synspunktet finner støtte i positivrettslige presiseringer i vår nye aksjelov, jfr. § 6-12(3) som pålegger styret en løpende plikt til å holde seg orientert om selskapets resultatutvikling og finansielle stilling. I samme retning trekker også § 6-15(1) som pålegger daglig leder rapporteringsplikt om selskapets økonomiske utvikling minimum hver tredje måned. Også andre positivrettslige normer i asl. av 1997 supplerer dette.<sup>72</sup> Videre har det funnet sted en betydelig teknologisk og systemmessig utvikling i de siste to tiårene, som har lettet arbeidet med løpende oppdatering og rapportering av regnskapene. Argumenter trekker derfor i retning av at dagens og fremtidens rettsanvendere vil ha vanskeligere for å vinne frem med en slik innsigelse. Unntaket synes innsnevret.

Vi har ovenfor fastslått at ansvar inntreffer i det selskapet blir insolvent og videre at det skal svært mye til for å bli hørt med en innsigelse om faktisk villfarelse. Men dette fører også til at en redningsoperasjon blir vanskeligere å gjennomføre, fordi det ikke kan

---

<sup>71</sup> Normann Aarum s. 539 i forbindelse med drøftelse av Rt. 1975 s. 198

<sup>72</sup> § 6-12(4) pålegger styret en selvstendig undersøkelsesplikt, § 6-12 (2) pålegger styret å treffe vedtak om budsjetter mv., hvilket implisitt vil medføre avviksanalyser i løpet av budsjettperioden, som gir styremedlemmene informasjon som vanskeliggjør en argumentasjon omkring faktisk villfarelse.



kontraheres på kreditt uten å komme i ansvarsposisjon. Spørsmålet blir da om styremedlemmets ansvar kan suspenderes på annen måte enn diskutert ovenfor?

En løsning kan være at tillitsmannen gjør kreditor oppmerksom på kredittrisikoen forut for kontrahering. I så fall forledes ikke kreditor, og interessekrenkelsen blir mindre alvorlig. Motargumentet vil naturligvis være at en redningsaksjon fortsatt er like vanskelig, fordi få leverandører vil yte kreditt i en slik situasjon.

Hålogaland lagmannsrett drøfter dilemmaet i en dom den 2. desember 1994. Her uttales på side 5 av 7:

”Opplysningene var åpenbart egnet til å villedde Scan Trade AS. Berg visste dette, eller burde forstått det.” Og videre: ...”I stedet for å gi en slik villedende opplysning på forespørsel fra en ny kreditor tilsa Jon Bergs aktsomhetsplikt at han redegjorde for selskapets økonomiske situasjon som den var og at det var risiko for tap”.

Det samme legges til grunn i Gulating lagmannsretts to dommer av hhv. 12. april og 15. november 1994. I sistnevnte dom sies på side 4 av 5 at:

”Milde burde forstått at det var en nærliggende fare for at AS Garmi ikke kunne oppfylle sine forpliktelser overfor H. Nicolaysen AS. Han hadde derfor en plikt til å opplyse om dette og forsømmelsen er ansvarsbetingende.”

Dommene tar etter mitt skjønn nokså entydig stilling i spørsmålet, og jeg mener deres standpunkt må være et uttrykk for gjeldende rett. Dette innebærer at når det forhandles om avtaler på kredittvilkår mens selskapet er insolvent, handler styret uaktsomt dersom de ikke sørger for at kreditor opplyses om selskapets økonomiske tilstand.

#### 8.4 Betydningen av kreditors egen undersøkelsesplikt

Ovenfor viser jeg til uttalelser fra Hålogaland og Gulating lagmannsretter<sup>73</sup> som pålegger tillitsmennene en opplysningsplikt om at debitor er insolvent. Uttalelsene er så entydige at

---

<sup>73</sup> Hålogaland lagmannsrett 2. desember 1994, Gulating lagmannsrett 12. april og 15. november 1994

det etter gjeldende rett neppe er rom for unntak, jfr. ... ”en plikt til å opplyse om dette og forsømmelsen er ansvarsbetingende”, og ... ”tilsa Jon Bergs aktsomhetsplikt at han redegjorde for selskapets økonomiske situasjon som den var og at det var risiko for tap”.

Jeg vil likevel påpeke et forhold som enten ikke berøres i ovennevnte rettsavgjørelser, eller bare overfladisk berøres. Dette er tillitsmannens opplysningsplikt sett i forhold til kreditors egen undersøkelsesplikt. Spørsmålet blir om kreditor visste eller burde vite om debtors insolvens, slik at styrets opplysningsplikt enten kan suspenderes, eller i alle fall føre til at erstatningsansvaret lempes.

Den teknologiske og til dels kunnskapsmessige utviklingen de siste 10-15 årene har ikke bare bevirket at debtors daglige ledelse og styre har lettere for å følge med i selskapets økonomiske utvikling.<sup>74</sup> Tilsvarende har det også blitt mulig for en potensiell avtalepartner å innhente informasjon om eventuelle medkontrahenters økonomiske status. Fra åpne offentlige kilder som Regnskapsregisteret i Brønnøysund eller fra private aktører som tilbyr en risikovurdering av ethvert selskap, kan en mulig kreditor selv skaffe seg innsikt om debtors økonomi forut for avtaleinngåelsen. I forlengelsen av en eventuell undersøkelsesplikt ligger at kreditor aksepterer risikoen dersom han deretter inngår avtalen.

Men selv ikke i en de lege ferenda diskusjon, tør jeg hevde at kreditors eventuelle undersøkelsesplikt med en påfølgende aksept av risiko, vil være nok til at opplysningsplikten suspenderes. Men tillitsmannens ansvar kan kanskje lempes.

Diskusjonen ovenfor kan dessuten føres videre til å spørre om det ikke i forlengelsen av kreditors eventuelle undersøkelsesplikt også innbefatter en plikt til selv å spørre tillitsmannen om debtors økonomiske status, dersom den innhentede økonomiske informasjonen tilsier dette. Kreditor vil dermed pålegges å bidra ytterligere til å kartlegge risikoens omfang.

---

<sup>74</sup> Jfr. for eksempel diskusjonen omkring faktisk villfarelse i kapittel 9.3 ovenfor.

Men den endelige avgjørelsen vil uansett måtte funderes på en avveining av de motstridene hensynene jeg har redegjort for tidligere. Og det skal nok mye til. Utgangspunktet er jo at debitor er insolvent; normalt burde oppbud vært begjært. Uten nærmere kommentar, vil jeg avslutte med å si at selv i dagens informasjonssamfunn synes Hålogaland lagmannsretts konklusjon den 2. desember 1994 å være riktig.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Se drøftelsen av Scan Trades aktive forespørsel om Nordives økonomiske tilstand på side 5 og 6

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Juridisk litteratur

- Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave.* Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Offstad og Jan Skåre. 2. utgave, Oslo 2004
- Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper.* 2. opplag, Oslo 1998
- Andenæs, Mads Henry. *Konkurs.* Oslo, 1999
- Asmundsson, Steffen og Geir Gustavsson. *Utvidet aksjonæransvar – ansvarsgjennombrudd.* Jussens venner 1995, hefte 4
- Dotevall, Rolf. *Skadesstandsansvar för styrelsesledamot och verkställande direktör.* Stockholm 1989
- Echkhoff, Torstein. *Rettskildelære.* 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001
- Echkhoff, Torstein. *Forvaltningsrett.* 6. utgave ved Eivind Smith, Oslo 2003
- Gomard, Bernhard. *Aktieselskaper og anpartsselskaber.* 4. omarbejdede udgave, København 2000
- Hagstrøm, Viggo. *Culpanorm og skrevne adferdsnormer: lover, forskrifter og interne instruksers betydning for culpavurderingen.* Tidsskrift for rettsvitenskap. 1993 nr. 3.
- Hov, Jo. *Rettergang III. Sivilprosess.* Oslo 2000
- Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett.* 4. utgave, Oslo 1999
- Løvdal, Elin Mack. *Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3.4 og 3.5.* Tidsskrift for Forretningsjus nr. 4, 2003
- Mitsem, Pål. *Styret og daglig leders erstatningsansvar når selskapet går konkurs.* Lov og Rett nr. 8, 1990
- Nygaard, Nils. *Skade og ansvar.* Universitetsforlaget. Bergen 2000
- Paulsen, Mari Elisabeth. *Styremedlemmers erstatningsansvar ved et aksjeselskaps konkurs.* Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2004 nr. 4

Perland, Olav. *Styreansvar etter de nye aksjelovene*. Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2, 1999.

Ro, Knut. *Konkursboet eller enkeltkreditors erstatningskrav*. Lov og Rett 1994

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. Oslo 2001

Aarum, Kristin Normann. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. Oslo 1994

## 9.2 Forarbeider

NOU 1992 : 29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1996 : 3 Ny aksjelovgivning

Ot. prp. nr. 36 (1993-94) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)

Ot. prp. nr. 4 (1995-96) Om lov om endringer i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper m v (EØS-tilpasning)

Ot. prp. nr. 23 (1996-97) Om lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper

Innst O. nr. 45 (1994-95) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskap (aksjeloven)

Innst. O. nr. 80 (1996-97) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgivning m.m.

## 10 Rettspraksis

### 10.1 Høyesterett

Rt. 1918 s. 841 Hidledommen

Rt. 1923 s. 774

Rt. 1926 s. 471

Rt. 1929 s. 705  
Rt. 1930 s. 126  
Rt. 1932 s. 857  
Rt. 1933 s. 115  
Rt. 1938 s. 129  
Rt. 1961 s. 1190  
Rt. 1975 s. 198  
Rt. 1979 s. 46  
Rt. 1982 s. 1277  
Rt. 1985 s. 779  
Rt. 1986 s. 896  
Rt. 1987 s. 526  
Rt. 1987 s. 1569  
Rt. 1991 s. 119 Minnordommen  
Rt. 1993 s. 20  
Rt. 1993 s. 987 Stiansen  
Rt. 1993 s. 1399 Ytternes  
Rt. 1998 s. 276  
Rt. 1998 s. 1712

## 10.2 Lagmannsrett

Eidsivating lagmannsrett. RG. 1955 s. 747  
Eidsivating lagmannsrett. Dom av 15. desember 1972  
Eidsivating lagmannsrett. Dom 25. mars 1976  
Eidsivating lagmannsrett. Dom 11. mai 1987  
Agder lagmannsrett. Dom av 6. januar 1988  
Hålogaland lagmannsrett. Dom 9. mars 1990  
Frostating lagmannsrett. Dom 10. august 1990  
Gulating lagmannsrett. Dom 13. desember 1990  
Eidsivating lagmannsrett. Dom av 5. november 1991

Eidsivating lagmannsrett. Dom 14. mars 1993  
Eidsivating lagmannsrett. Dom 25. juni 1993  
Gulating lagmannsrett. Dom 12. april 1994  
Gulating lagmannsrett. Kjennelse av 18. juli 1994  
Gulating lagmannsrett. Dom av 15. november 1994  
Hålogaland lagmannsrett. Dom 2. desember 1994  
Borgarting lagmannsrett. Kjennelse av 17. oktober 1996  
Borgarting lagmannsrett. Kjennelse av 7. februar 1997  
Eidsivating lagmannsrett. Kjennelse av 7. juni 1999  
Frostating lagmannsrett. Dom 23. desember 2003  
Eidsivating lagmannsrett. Dom 23. august 2004  
Frostating lagmannsrett. Dom 6. desember 2004

### 10.3 Tingrett

Oslo Byrett. RG. 1986 s. 896  
Oslo Tingrett. 15. juli 2004 Finance Credit (påanket)

## **11 Lister over tabeller og figurer m v**

Side 51 b. Forfordeling av kreditorer. Nøkkeltall fra rettspraksis